

MARCIA TONACO ALEXANDRE

**PROJEÇÃO DA PENA COMO CRITÉRIO INIBIDOR DA PRISÃO  
PROCESSUAL PENAL – POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE REGIME  
ABERTO, SEMI-ABERTO, SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DE PENA**



BRASÍLIA - DF  
2008

MARCIA TONACO ALEXANDRE

**PROJEÇÃO DA PENA COMO CRITÉRIO INIBIDOR DA PRISÃO  
PROCESSUAL PENAL – POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE REGIME  
ABERTO, SEMI-ABERTO, SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DE PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Especialização em Ciências Penais.

Universidade do Sul de Santa Catarina -  
UNISUL  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE  
LFG

Orientadora: Mestre Patrícia Santos

Brasília - DF

2008

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização em Ciências Penais, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Brasília/DF, 30 de agosto de 2008.

**MARCIA TONACO ALEXANDRE**

**MARCIA TONACO ALEXANDRE**

**PROJEÇÃO DA PENA COMO CRITÉRIO INIBIDOR DA PRISÃO  
PROCESSUAL PENAL – POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE REGIME  
ABERTO, SEMI-ABERTO, SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DE PENA**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

Brasília/DF, 30 de agosto de 2008.

A meu marido Márcio, pela compreensão, dedicação e companheirismo, ao longo da nossa jornada.

Aos nossos filhos Pedro Leonardo e Vítor Olavo, frutos do nosso amor e fonte de muito orgulho.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à orientadora, Mestre Patrícia Santos, pela presença constante e informações precisas e importantes para a consecução desse trabalho. Muito obrigada pela oportunidade de contar com sua orientação.

A sabedoria é luminosa e nunca murcha.  
Facilmente é contemplada por aqueles que  
a amam, e é encontrada por aqueles que a  
procuram.  
Ela até se antecipa, apressando-se a  
mostrar-se aos que a desejam.

Sabedoria 6:12-13

## RESUMO

ALEXANDRE, Marcia Tonaco. **Projeção da pena como critério inibidor da prisão processual penal** – possibilidade de ocorrência de regime aberto, semi-aberto, sursis ou substituição de pena. 2008. 61 f. Monografia (Especialização em Ciências Penais) - Universidade do Sul de Santa Catarina; Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Brasília, 2008.

No ordenamento jurídico brasileiro há a previsão das prisões processuais ou cautelares, cujo escopo é garantir a aplicação do direito de punir do Estado. Elas não se confundem com a prisão decorrente de condenação penal, proveniente de uma sentença penal transitada em julgado. As prisões cautelares ou processuais estão previstas legalmente. Seus limites aparecem na lei e na Constituição. Outros limites vêm sendo admitidos pela doutrina e jurisprudência. Assim, ao decretar a prisão processual adequada ao caso em exame, o juiz deve fazer uma projeção da pena que será aplicada. Vislumbrando que o réu sairá em regime semi-aberto ou aberto, será beneficiado com a suspensão condicional de execução da pena ou haverá substituição da pena, a prisão cautelar não deve ser decretada. Sendo hipótese de réu preso, e, presentes os requisitos legais, a sua liberdade provisória deve ser concedida. Essa decisão tem suporte no poder geral de cautela do juiz e nos princípios constitucionais da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade.

Palavras-chave: Projeção. Pena. Prisão. Regime. Aberto. Semi-aberto. Sursis. Substituição da pena.



## ABSTRACT

ALEXANDRE, Marcia Tonaco. **Projeção da pena como critério inibidor da prisão processual penal** – possibilidade de ocorrência de regime aberto, semi-aberto, sursis ou substituição de pena. 2008. 61 f. Monografia (Especialização em Ciências Penais) - Universidade do Sul de Santa Catarina; Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Brasília, 2008.

In the Brazilian law order there are forecast of process or caution prison, which purpose is guarantee the application of State's punitive law. These process prisons don't amaze with the prison that comes from penal condemnation deriving from a penal sentence which doesn't fit in any appeal. The caution or process prisons forecast are in the law. Their limits also appear in the law and in the Constitution. There are others limits in the doctrine and in the jurisprudence. Then, when the adequate process prison is ordered, the judge must make a projection of the punishment that will be applied. If the judges see that the accused will be left in partly open regime or in open regime of prison or that the accused will be benefited with a conditional suspension of the prison punishment execution or with punishment substitution, the caution prison must not be ordered. If the accused was arrested and if was present the law requirements, the temporary freedom must be conceded. This decision has support in the judge's general caution power and in the constitutional principles, such as, innocence's presumption, dignity of human person and proportionality.

Key words: Projection. Punishment. Prison. Regime. Open. Partly open. Sursis. Punishment substitution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O GARANTISMO E OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS PRISÕES PROCESSUAIS .....</b>	<b>14</b>
1.1 Garantismo .....	14
1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	20
1.3 Princípio da presunção de inocência .....	21
1.4 Princípio da proporcionalidade.....	22
<b>CAPÍTULO 2 - PRISÕES PROCESSUAIS OU PROVISÓRIAS.....</b>	<b>27</b>
2.1 Considerações comuns às prisões processuais ou provisórias ou instrumentais.....	27
2.2 Prisão em flagrante (arts. 301 a 310, CPP) .....	28
2.3 Prisão preventiva (arts. 311 a 316, CPP).....	29
2.3.1 Pressupostos ou requisitos da prisão preventiva .....	29
2.3.2 Condições de admissibilidade da prisão preventiva.....	30
2.3.3 Hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva.....	30
2.3.3.1 Garantia da ordem pública .....	30
2.3.3.2 Conveniência da instrução criminal.....	31
2.3.3.3 Garantia de aplicação da lei penal .....	32
2.3.3.4 Garantia da ordem econômica .....	32
2.3.4 Decretação da prisão preventiva.....	32
2.4 Prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º, CPP).....	34
2.5 Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (CPP, arts. 393, I e 594; art. 2º, § 3º da Lei 8.072/90; art. 35 da Lei 6.368/76 (lei de tóxico antiga, revogado pelo artigo 59, da Lei 11.343/2006)), art. 9º, da Lei 9.034/95 e artigo 3º, da Lei 9.613/98 .....	34
2.6 Prisão temporária.....	36
2.6.1 Fundamentos .....	37
2.6.1.1 Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I).....	37
2.6.1.2 Ausência de residência fixa ou de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do réu (art. 1º, II).....	37
2.6.1.3 Autoria e participação em determinados crimes .....	38
2.6.2 Posições doutrinárias acerca da necessidade de estarem presentes os fundamentos da prisão temporária.....	38

2.7	Considerações finais acerca das prisões processuais ou provisórias ou instrumentais.....	39
<b>CAPÍTULO 3 – ELEMENTOS AFETOS ÀS PRISÕES PROCESSUAIS OU PROVISÓRIAS E LIMITADORES DE SUA DECRETAÇÃO.....</b>		<b>40</b>
3.1	Regime de cumprimento das penas .....	40
3.1.1	Das penas privativas de liberdade.....	41
3.1.1.1	Regimes penitenciários: reclusão e detenção.....	41
3.1.1.2	Regras do regime fechado .....	44
3.1.1.3	Regras do regime semi-aberto.....	44
3.1.1.4	Regras do regime aberto.....	45
3.2	Suspensão condicional de execução da pena .....	46
3.3	Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.....	47
3.4	Liberdade provisória .....	48
3.4.1	Espécies de liberdade provisória.....	50
3.4.1.1	Liberdade provisória obrigatória.....	50
3.4.1.2	Liberdade provisória permitida .....	50
3.4.1.3	Liberdade provisória vedada .....	50
3.4.2	Hipóteses de liberdade provisória .....	51
3.4.2.1	Liberdade provisória sem fiança .....	51
3.4.2.1.1	Liberdade provisória sem vinculação.....	51
3.4.2.1.2	Liberdade provisória com vinculação.....	52
3.4.2.2	Liberdade provisória com fiança .....	53
3.4.2.2.1	Infrações inafiançáveis .....	54
3.4.2.2.2	Considerações sobre a fiança .....	55
3.5	Considerações finais acerca dos elementos que devem influenciar e limitar a decretação das prisões processuais .....	56
<b>CAPÍTULO 4 - PROJEÇÃO DA PENA COMO CRITÉRIO INIBIDOR DA PRISÃO PROCESSUAL PENAL – POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE REGIME ABERTO, SEMI-ABERTO, SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DE PENA - POSIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA .....</b>		<b>58</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>		<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

O acusado poderá ficar preso durante a persecução criminal, para que seja garantida a aplicação do direito de punir. É o que ocorre nas chamadas prisões cautelares ou processuais, que não se confundem com a prisão decorrente de condenação penal. São aceitas duas finalidades da prisão processual, quais sejam, assegurar a instrução do processo ou a aplicação da lei penal.

As prisões cautelares ou processuais existem para a garantia do processo, restringindo-se a liberdade do réu para que seja garantido o direito de punir do Estado. Contudo, ao decretá-la o juiz deve ter em mente os requisitos da necessidade e adequação, pois o direito de liberdade é um bem protegido constitucionalmente, sendo que o artigo 5º, inciso LXXV, *fine*, prevê indenização para aquele que ficar preso mais tempo do que o fixado na sentença.

Assim, ao decretar a prisão processual e instrumental adequada ao caso em análise, o juiz deve ter em mente, fazendo um exercício de projeção da pena, se o réu ficará preso em regime fechado por ocasião da fixação da pena concreta na prolação da sentença. Vislumbrando-se que o réu sairá em regime semi-aberto ou aberto, será beneficiado com a suspensão condicional de execução da pena, ou mesmo com a substituição de pena, não haveria razão para a fixação da prisão processual por faltar um requisito da prisão cautelar, qual seja, o *periculum in mora*. Nesse caso, sendo hipótese de réu preso, a liberdade provisória deve ser concedida.

Os pressupostos ou requisitos da tutela cautelar constituem o seu *fumus boni iuris*, sendo que o juiz somente poderá decretar a custódia cautelar se estiver presente a probabilidade de o réu ser o autor de um fato típico e antijurídico, ou seja, deve estar presente a prova da existência do crime ou da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Os fundamentos da prisão preventiva, e eu acrescentaria, das demais prisões cautelares, constituem o outro requisito da prisão cautelar, qual seja, o *periculum in mora*.

Por conseguinte, na hipótese problematizada faltará o *periculum in mora*, não havendo justificativa para se manter o réu preso por prisão processual se o mesmo

não será recolhido ao cárcere por ocasião da sentença penal condenatória. Por uma questão até de política criminal o réu não deve ter a sua prisão processual decretada. Ou, uma vez decretada, deve ser beneficiado com a liberdade provisória.

O trabalho de pesquisa, e, a conseqüente monografia, foi dividido em quatro capítulos, além da introdução e da conclusão. Com essa divisão pretende-se estabelecer as hipóteses, cunhadas pela doutrina e pela jurisprudência, em que a prisão cautelar não deve ser decretada ou, caso a prisão já tenha sido determinada, como no caso do flagrante, por exemplo, que a liberdade provisória seja deferida.

O primeiro capítulo trata do garantismo e dos princípios informadores das prisões processuais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da proporcionalidade. O escopo do capítulo é estabelecer os limites do poder punitivo do Estado, estando a maioria no texto constitucional, expresso através de princípios, constituindo-se em seus maiores freios, os direitos fundamentais.

A posição do juiz na questão ora problematizada é muito importante. O que se busca é o juiz constitucionalista, que se utilize da ponderação, dos princípios constitucionais, do poder geral de cautela, para se chegar à decisão mais justa e razoável a cada caso concreto. Ser juiz constitucionalista, conforme será demonstrado, significa adotar como paradigma o sistema penal minimalista garantista do Estado Constitucional e Humanitário de Direito, dizendo em cada caso concreto qual dos valores em conflito deve preponderar.

No capítulo seguinte, pretende-se o estudo das prisões processuais ou cautelares ou provisórias, com os seus elementos caracterizadores e distintivos, para se saber a quais hipóteses caberia a hipótese problematizada. Ou seja, se a inibição da prisão cautelar por ocorrência de regime aberto, semi-aberto, sursis ou substituição da pena, seria aplicável nas quatro hipóteses de prisão cautelares previstas, a saber: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronuncia ou de sentença penal condenatória recorrível, ou, finalmente, a prisão temporária.

No capítulo terceiro, busca-se estudar os elementos limitadores da prisão provisória ou cautelar, que não estão previstas na lei, mas que vêm sendo admitidas e discutidas na doutrina e na jurisprudência. Assim, procura-se estudar o regime de cumprimento das penas, a suspensão condicional de execução da pena, a

substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a liberdade provisória.

No último capítulo, procura-se mostrar como o assunto vem sendo tratado pelos tribunais superiores e pelos tribunais estaduais. Nesse caso, foram escolhidos os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, em razão da quantidade satisfatória de julgados encontrados e com os termos técnicos utilizados no trabalho. Busca-se mostrar também a posição na doutrina.

Na conclusão, pretende-se estabelecer um fecho ou arremate, ligando todos os pontos estudados para se demonstrar a tese defendida, qual seja, que o magistrado deve trabalhar com a pena provável a ser aplicada. E, constatando que a mesma possibilitaria a aplicação do regime semi-aberto ou aberto, sursis ou substituição da pena, não pode haver a decretação da prisão processual.

## CAPÍTULO 1 - O GARANTISMO E OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS PRISÕES PROCESSUAIS

### 1.1 Garantismo

O estudo do garantismo centra-se nos limites aos poderes do Estado genericamente e mais precisamente nos limites do poder punitivo do Estado. É uma teoria que nasce no seio do direito penal, mas que pretende ver seus conceitos aplicados nos demais ramos do direito. Essa pretensão é de todo cabível, pois essa teoria se funda no estudo dos princípios limitadores do Estado, sendo, pois, a maioria de índole constitucional, estando expressos na Constituição do País. Convém que se saliente que os maiores freios ao poder do Estado estão consubstanciados nos direitos fundamentais.

Assim, como afirma Luiz Flávio Gomes o estudo do poder punitivo do Estado desemboca nos seus limites. Logo,

[...] nenhum poder dentro do Estado constitucional e humanitário de Direito (ECHD) pode ser absoluto ou ilimitado. Esses limites, na atualidade, são revelados por meio de princípios, que contam (quase todos) com base constitucional expressa.<sup>1</sup>

Como salienta Luiz Flávio Gomes<sup>2</sup> dois pontos são importantes na definição dos limites do direito de punir do Estado, os efeitos da tutela penal que são drásticos e de grande repercussão na esfera pessoal do acusado, sendo irreversíveis e abundante a intervenção estatal. Conclui, então Gomes que a atuação punitiva estatal é qualitativamente drástica e quantitativamente intensa.

O limite ao poder punitivo do Estado pode se dar na esfera de aplicação e execução da lei através da atividade judicial, assim, como em relação à própria edição das normas jurídicas, abarcando a atividade legislativa. Em ambos os nortes, os princípios, regras, normas, preceitos e garantias do Estado Constitucional e Humanitário de Direito vão determinar os limites do poder punitivo estatal.

<sup>1</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “Ius Puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal.** Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN - REDE LFG. 2008. Obra não publicada.

<sup>2</sup> GOMES, 2008, p. 2.

Para Luiz Flávio Gomes o direito penal precisa se manter no seu curso constitucional e humanitário mantendo todas as garantias a ela inerentes, zelando para cumprir a sua missão de proteção, primária e subsidiária a bens jurídicos. Vejamos seus ensinamentos acerca dos princípios informadores do direito penal, *verbis*:

Da conjugação do Direito penal com a Constituição podemos (e devemos) extrair a conclusão de que doze (pelo menos) são os mais relevantes princípios constitucionais penais, que funcionam como limites internos do poder punitivo. Alguns estão expressamente contemplados na Constituição (são explícitos: dignidade, igualdade, legalidade etc.), outros são implícitos.

De qualquer modo, é certo que todos convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa, fundamentadora e interpretativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica (constitucional, internacional ou infraconstitucional) pode contrariá-lo.

A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos, a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas.

Os doze princípios constitucionais penais mais importantes (dos quais emanam, evidentemente, outros tantos princípios, como veremos mais adiante) podem ser sistematizados da seguinte maneira:

(a) princípios relacionados com a missão fundamental do Direito penal: (1) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e (2) princípio da intervenção mínima;

(b) princípios relacionados com o fato do agente: (3) princípio da exteriorização ou materialização do fato, (4) princípio da legalidade do fato e (5) princípio da ofensividade do fato;

(c) princípios relacionados com o agente do fato: (6) princípio da responsabilidade pessoal, (7) princípio da responsabilidade subjetiva, (8) princípio da culpabilidade e (9) princípio da igualdade, e

(d) princípios relacionados com a pena: (10) princípio da proibição da pena indigna, (11) princípio da humanização das penas e (12) princípio da proporcionalidade, sendo certo que este último possui várias dimensões: princípio da necessidade concreta da pena, princípio da individualização da pena, princípio da personalidade da pena, princípio da suficiência da pena alternativa e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>3</sup>

Os princípios enumerados fazem parte da base conceitual de um movimento de política criminal denominado minimalista. Ele se opõe ao denominado direito penal máximo, em que o norte é exclusivamente punitivista. Não se confunde com o

<sup>3</sup> GOMES, 2008, p. 4-5.



garantismo, na lição de Luiz Flávio Gomes<sup>4</sup>, embora sejam convergentes e complementares, possuindo os mesmos objetivos e pressupostos, constituindo o garantismo e o minimalismo um bloco coeso e indissociável. Citando Ferrajoli<sup>5</sup>, Luís Flávio Gomes conclui que o sistema garantista é aquele em que ficam excluídas as surpresas, imprevisibilidades acerca de sua intervenção. Busca-se um grau de racionalidade condicionado pela aplicabilidade máxima da tutela da liberdade do cidadão, protegendo-no contra o arbítrio do poder punitivo. Como se observa inúmeros são os pontos de contato entre o garantismo e o minimalismo penal. Cita, então, o os dez axiomas do garantismo de Ferrajoli, a saber:

(a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); (b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); (c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); (d) *Nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico); (e) *Nulla iniuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); (f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa); (g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal); (h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação; *nemo iudex sine actori*); (i) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas); (j) *Nulla probatio sine defensione* (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).<sup>6</sup> grifo nosso.

A seguir o autor conclui que:

A soma dos princípios do minimalismo penal com os axiomas do garantismo conduz à construção do seguinte sistema (penal) minimalista garantista, constituído das seguintes premissas, que serão expostas em ordem lógica e complementar:

- 1) o Direito penal tem por finalidade (precípua) a exclusiva proteção de bens jurídicos (princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos);
- 2) jamais pode o Direito penal ter incidência senão quando absolutamente necessário (princípio da intervenção mínima - *Nulla lex poenalis sine necessitate*: não há lei penal sem necessidade);
- 3) o Direito penal (do fato) exige obrigatoriamente a exteriorização de um fato criminoso (princípio da exteriorização ou materialização do fato), mesmo porque não há pena sem crime - *Nulla poena sine crimine* - e não existe crime sem conduta - *Nullum crimen sine actione*;
- 4) fato previsto na lei (princípio da legalidade do fato - *Nullum crimen sine lege* – fato formalmente típico);
- 5) fato ofensivo a bens jurídicos de terceiros (princípio da ofensividade do fato - *Nulla necessitas nullum crimen sine iniuria* – fato materialmente típico);

<sup>4</sup> GOMES, 2008, p. 5.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, 2002 apud GOMES, 2008, p. 5.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, 2002 apud GOMES, 2008, p. 5.

- 6) fato próprio, ou seja, ninguém pode ser punido por fato criminoso alheio (princípio da responsabilidade pessoal);
- 7) fato exteriorizado por meio do dolo ou da culpa (princípio da responsabilidade subjetiva – *Nullum crimen nulla actio sine culpa*);
- 8) a sanção penal só pode incidir, ademais, contra o agente com capacidade de se motivar de acordo com a norma e de se comportar de forma distinta, conforme o Direito (princípio da culpabilidade);
- 9) não há culpabilidade (não há comprovação da responsabilidade penal) sem o devido processo criminal - *Nulla culpa sine iudicio*;
- 10) não há processo criminal sem acusação - *Nullum iudicium sine accusatione* ou *nemo iudex sine actori* (sistema acusatório);
- 11) não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas e incriminatórias - *Nulla accusatio sine probatione*;
- 12) não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa - *Nulla probatio sine defensione*;
- 13) é intolerável qualquer tipo de tratamento desigual discriminatório, isto é, os iguais devem ser tratados igualmente, os desiguais desigualmente (princípio da igualdade);
- 14) está proibida a cominação ou aplicação de pena que seja indigna (princípio da proibição da pena indigna);
- 15) a cominação, aplicação e execução das penas devem se orientar pelo princípio da humanização e seguir rigorosamente a proporcionalidade, que se manifesta por meio de várias dimensões:
- 16) princípio da necessidade concreta da pena,
- 17) princípio da individualização da pena,
- 18) princípio da personalidade ou pessoalidade da pena,
- 19) princípio da suficiência da pena alternativa e
- 20) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>7</sup>

O sistema penal minimalista garantista serve para que seja aplicado pelos juízes com o objetivo de reduzir ou conter o poder punitivo estatal. Assim enuncia o autor que a coerência e racionalidade do sistema vai depender da maneira como o magistrado aplica os princípios minimalista garantista, que não são taxativos, nem absolutos. Os juízes devem ter por escopo o Estado Constitucional e Humanitário de direito e sua aplicabilidade em detrimento do Estado de Polícia. O que se busca é o juiz constitucionalista, que se utilize da ponderação, da aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade para se chegar à solução mais justa e adequada ao caso. Para o autor, ser juiz constitucionalista significa adotar como paradigma o sistema penal minimalista garantista do Estado Constitucional e Humanitário de

<sup>7</sup> GOMES, 2008, p. 5.

Direito, dizendo em cada caso concreto qual dos valores em conflito deve preponderar.

Segundo Luiz Flávio Gomes<sup>8</sup>, a evolução para o Estado Constitucional e Humanitário de Direito (ECHD) tem como norte a atuação do juiz, mais precisamente, na mudança de paradigma na função jurisdicional. Do juiz legalista passa-se ao juiz constitucionalista, ponderativo, que se utiliza do princípio da razoabilidade. Dessa sorte, haveria mudança no método do direito penal, assim como na posição do juiz, ou na sua maneira de se comportar o que o coloca numa posição de destaque com a afirmação de sua necessidade, pois da mera subsunção dedutivista passa-se à ponderação, com o aumento da importância da função jurisdicional, na qual o juiz em cada caso concreto irá dizer quais dos princípios ou valores em conflito devem preponderar.

O juiz é o grande garante dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo que estão positivadas na lei, na Constituição e no Direito Humanitário Internacional. Assim, o juiz ao aplicar o direito deve verificar a compatibilidade da Carta Magna com o Direito Humanitário Internacional. De todos os significados válidos que podem ser extraídos do texto legal, o juiz deve buscar o que for mais compatível com os princípios, regras e valores constitucionais e humanitários internacionais, fazendo uma opção clara de função de garante dos direitos fundamentais, devendo assumir uma posição crítica frente a leis inválidas, desproporcionais, desarrazoada. Segundo Luiz Flávio Gomes

[...] a sujeição irrestrita do juiz a esse direito supra legal implica a adoção de uma postura crítica diante de leis inválidas. Nisso reside a sua legitimação democrática assim como a preocupação com sua independência (interna ou externa, política ou funcional). O Juiz é dotado de uma série de garantias funcionais, mas isso não pode ser entendido como privilégio pessoal, sim, como atributos necessários para o exercício livre e independente de sua função (destacando-se, dentre elas, a de garante dos direitos fundamentais).<sup>9</sup>

Segundo Aury Lopes Júnior<sup>10</sup> o modelo de justiça garantista ou garantismo penal consiste na tutela de direitos fundamentais, como, por exemplo, a vida, a liberdade pessoal, a liberdade civil, a liberdade política etc.

---

<sup>8</sup> GOMES, 2008, p. 7.

<sup>9</sup> GOMES, 2008, p. 10.

<sup>10</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal**: instrumentalidade constitucional. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG/IPAN. 2008. Obra não publicada.

Afirma o autor Aury Lopes Júnior o seguinte:

[...] superado o tradicional conflito entre direito natural- direito positivo, tendo em vista a constitucionalização dos direitos naturais pela maioria das constituições modernas, o problema centra-se agora na divergência entre o que o Direito é e o que deve ser, no interior de um mesmo ordenamento jurídico, ou, nas palavras usadas repetidamente por Ferrajoli: o problema está entre efetividade e normatividade.<sup>11</sup>

A seguir enuncia que

[...] a efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.<sup>12</sup>

Conclui, então, a seguir que

[...] no garantismo, o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal).<sup>13</sup>

Segundo Sidney Eloy Dalabrida<sup>14</sup> a previsão constitucional dos direitos fundamentais tem sido insuficiente para a efetiva proteção dos Direitos Humanos no Sistema Penal, sendo necessário a minimalização da perversão subjacente ao Sistema Punitivo, através da otimização dos modelos de garantias. A teoria garantista propõe a construção de um modelo para a sua justificação e para conter o manejo arbitrário do poder punitivo pelo Estado ajustando-no às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, voltado para a defesa da dignidade da pessoa humana, princípio este que contém contornos vagos e imprecisos, constituindo-se numa categoria axiológica aberta, não dissociável da liberdade e igualdade do cidadão, que se constituem em verdadeiros limites à atuação do processo penal.

<sup>11</sup> LOPES JÚNIOR, 2008, p. 10.

<sup>12</sup> LOPES JÚNIOR, 2008, p. 10.

<sup>13</sup> LOPES JÚNIOR, 2008, p. 10.

<sup>14</sup> DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2004.

Na lição de Dalabrida<sup>15</sup> a liberdade é tratada pela Constituição Federal como princípio, posteriormente ratificado como direito fundamental do cidadão no artigo 5º. Assim, sua restrição somente será admitida em situações excepcionais. A limitação à liberdade somente se justifica quando utilizadas para sua própria afirmação, constituindo-se em fundamento e fim da pretensão punitiva.

## 1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito é o princípio da dignidade humana, que constitui a base, o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais.

Constituindo-se em alicerce ao direito à liberdade está o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa a viga mestra e fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o que ela própria acabaria por renunciar a sua própria humanidade. Este princípio funciona ao mesmo tempo como objetivo e limite à atuação dos poderes estatais. O direito à vida, à liberdade, à igualdade corresponde às exigências mais elementares da dignidade humana, que somente permite que qualquer intervenção estatal cautelar constritiva da liberdade pessoal se concretize quando não houver outra alternativa menos danosa e ultrajante ao indivíduo. E, mesmo quando a medida for imprescindível deve-se preservar a condição do homem como pessoa, livre de atentados à sua integridade física, corporal, à sua imagem e de todos os efeitos prejudiciais de uma prisão prematura.

Segundo Ingo Wolfgang Scarlet<sup>16</sup> a dignidade da pessoa humana, considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. O homem, em razão de sua condição humana é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Segundo Ingo Wolfgang Scarlet dignidade da pessoa humana é

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

<sup>15</sup> DALABRIDA, 2004, p. 68.

<sup>16</sup> SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>17</sup>

### 1.3 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência foi consagrado pela Revolução Francesa. Para Sidney Eloy Dalabrida<sup>18</sup> a exposição de motivos do Código de Processo Penal não deixa margem de dúvida na adoção desse princípio no nosso ordenamento processual penal. O pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica abrigam expressamente o princípio da presunção de inocência correspondendo a uma opção em favor dos valores de respeito à pessoa humana. A nossa Carta Magna estabelece no artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

O autor enuncia o seu entendimento da seguinte forma:

[...] além de representar uma simples regra de ordem probatória, que se manifeste tão-somente por ocasião da decisão final, como expressão máxima *in dubio pro reo*, o princípio da presunção de inocência se impõe como uma regra de tratamento do investigado ou acusado que, antes da condenação definitiva, não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado, indicando ainda a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo ‘justo’.<sup>19</sup>

Pelo princípio da presunção de inocência é inconcebível que o acusado suporte qualquer efeito negativo que decorra da imputação. O acusado não pode ser visto como um objeto do processo, mas deve ser concebido como sujeito de direito dentro da relação processual. Todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo somente se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos. O estado de inocência proíbe a antecipação de resultados com a decretação da prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade,

<sup>17</sup> SCARLET, 2001, p. 60.

<sup>18</sup> DALABRIDA, 2004, p. 71.

<sup>19</sup> DALABRIDA, 2004, p. 71.

ligadas à tutela da efetividade do processo. Não se concebe o encarceramento como antecipação da punição devendo-se *perquerir* sobre o *periculum libertatis*.

Tendo por norte o princípio da presunção de inocência, não se admite formas de encarceramento como se fosse antecipação da pena ou como decorrência lógica da imputação. Faz-se necessário que sejam demonstrados os seus pressupostos. O princípio da presunção de inocência é a base do Estado Democrático de Direito, ou seja, o princípio que impera no processo penal é o de proteção dos inocentes devendo ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Dalabrida<sup>20</sup> afirma que o princípio da presunção de inocência representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Pela presunção de inocência há a garantia da liberdade e da verdade, mas principalmente é uma garantia de segurança ou de defesa social. Segurança oferecida pelo Estado de direito que acarreta a confiança dos cidadãos na justiça.

#### 1.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade tem a sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal que teve sua origem no direito anglo-saxão. Segundo Luís Roberto Barroso, “[...] a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.”<sup>21</sup> Mais adiante enuncia que “[...] o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a *justiça*.”<sup>22</sup> A seguir pondera que é “[...] razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”<sup>23</sup> Conclui dizendo haver autores que recorrem ao direito natural como

<sup>20</sup> FERRAJOLI, p. 74 apud BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 4, 1996.

<sup>21</sup> BARROSO, 1996, p. 162.

<sup>22</sup> BARROSO, 1996, p. 165.

<sup>23</sup> BARROSO, 1996, p. 165.



fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, salientando que a mesma também pode se assentar nos princípios gerais da hermenêutica.

Luís Roberto Barroso<sup>24</sup> destaca a existência de uma razoabilidade interna e uma razoabilidade externa. A primeira diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins, ou em outras palavras seria a razoabilidade técnica da medida. A razoabilidade externa, por outro lado, consiste na adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Nesse ponto, salienta o autor que se “[...] a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente.”<sup>25</sup> Cita J. J. Gomes Canotilho no seguinte enunciado: “[...] entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.”<sup>26</sup>

Outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade é a exigibilidade ou necessidade da medida. Luís Roberto Barroso o nomea como princípio da menor ingerência possível, seria o mesmo consistente no imperativo de que os meios utilizados para atingir os fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão, o que consistiria no princípio da proibição do excesso. Assim, conclui que uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se puder ser constatada a existência de outras medidas menos lesivas.

O outro requisito do princípio da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na

[...] verificação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.<sup>27</sup>

Assim, são três os requisitos do princípio da proporcionalidade enunciado pelo autor, a saber:

a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou

<sup>24</sup> BARROSO, 1996, p. 165.

<sup>25</sup> BARROSO, 1996, p.167.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986. p. 488.

<sup>27</sup> BARROSO, 1996, p. 168.



exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos cidadãos.<sup>28</sup>

Cita a síntese de Willis Santiago Guerra Filho nos seguintes termos: “[...] resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”<sup>29</sup>

Conclui, então Luís Roberto Barroso que

[...] abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.<sup>30</sup>

Segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>31</sup>, a possibilidade de se proceder à aferição sistemática da razoabilidade das leis, especialmente daquelas de índole restritiva, introduz uma nova dimensão ao controle de constitucionalidade. Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições com o princípio da proporcionalidade. Assevera, então, o eminente Ministro, que:

[...] essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo

<sup>28</sup> BARROSO, 1996, p. 168.

<sup>29</sup> apud BARROSO, 1996, p. 75.

<sup>30</sup> BARROSO, 1996, p. 174.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**: Tributário, Constitucional e Administrativo, n. 23, 1. quin. dez., 1994. p. 475.

legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).<sup>32</sup> grifo nosso.

A seguir enuncia que:

[...] o pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.<sup>33</sup> grifo nosso.

Em outro ponto o mestre conclui que:

[...] a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhang*), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis). Trata-se, à evidência, de aplicação da proporcionalidade ou da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade.<sup>34</sup> grifo nosso.

Para Dalabrida as três sub-regras do princípio da proporcionalidade se inter-relacionam de sorte que para que uma medida seja considerada proporcional ela deve ser adequada, necessária e razoável.<sup>35</sup> Prossegue o autor que

[...] ademais, mantém entre si uma relação de subsidiariedade, haja vista que a análise da necessidade somente será exigível quando a hipótese não tiver sido solucionada com a análise da adequação, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito somente será invocada quando o caso não tiver sido resolvido pela análise da adequação e necessidade, isto é, naqueles mais complexos. A qualificação do meio como adequado comporta duas formulações; uma negativa, e outra positiva. Pela primeira, será possível apenas identificar se o meio é ou não idôneo, útil ou apropriado. Não há aqui a indicação do meio mais eficaz ou útil. Já a formulação positiva do princípio da adequação informa que o meio é adequado quando, através dele, for possível alcançar ou fomentar o resultado perseguido.<sup>36</sup>

Mais adiante assevera que

[...] a necessidade, por sua vez, é identificada a partir do cotejamento da medida sob análise com outras alternativas. Será, portanto, preciso indagar sobre a existência de medidas igualmente eficazes para a consecução da finalidade, mas que possam ser menos danosas aos Direitos Fundamentais. É dizer, além de ser imprescindível para assegurar o exercício do Direito Fundamental objeto da restrição (fim), para qualificar-se como necessário, o instrumento (meio) há de ser o mais eficaz e menos oneroso para o cidadão. Em sendo possível realizar o objetivo perseguido, com a mesma

<sup>32</sup> MENDES, 1994, p. 475.

<sup>33</sup> MENDES, 1994, p. 475

<sup>34</sup> MENDES, 1994, p. 473.

<sup>35</sup> DALABRIDA, 2004.

<sup>36</sup> DALABRIDA, 2004, p. 79.

intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o Direito Fundamental atingido, impõe-se tê-lo como desnecessário e conseqüentemente desproporcional.<sup>37</sup>

No princípio da proporcionalidade, conforme discorre o referido autor, há uma importante função interpretativa indicando ao hermeneuta o caminho correto no processo de busca pela solução mais justa ao caso concreto e específico. Citando Paulo Bonavides discorre que

[...] o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade, e é eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais, que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.<sup>38</sup>

Conclui o autor, então, que a aplicação adequada dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, - e, eu diria o princípio da dignidade da pessoa humana- às prisões cautelares, em especial à preventiva, deve ter por norte a limitação da incidência do instituto cautelar, não se permitindo sua decretação de forma discriminatória, autoritária que ocasiona ao acusado antes da condenação definitiva um dano maior que aquele decorrente da própria condenação.

---

<sup>37</sup> DALABRIDA, 2004, p. 79.

<sup>38</sup> apud DALABRIDA, 2004, p. 79.

## CAPÍTULO 2 - PRISÕES PROCESSUAIS OU PROVISÓRIAS

Na lição de Fernando Capez<sup>39</sup>, a prisão sem pena ou a prisão processual consiste numa prisão de natureza cautelar destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou a impedir que o sujeito continue a praticar delitos. Segundo leciona, depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. As prisões provisórias são as seguintes:

- a - prisão em flagrante: CPP, arts. 301 a 310;
- b - prisão preventiva: CPP, arts. 311 a 316;
- c - prisão decorrente de pronúncia: CPP, art. 408, § 1º;
- d - prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível: CPP, arts. 393, I e 594; art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90; art. 35 da Lei 6.368/76 (lei de tóxico antiga);
- e - prisão temporária: Lei 7.960/89.

### 2.1 Considerações comuns às prisões processuais ou provisórias ou instrumentais

Consoante salienta Capez

[...] a prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência. Sim, porque se o sujeito está preso sem que haja necessidade cautelar, na verdade estará apenas cumprindo antecipadamente a futura e possível pena privativa de liberdade. Nessa linha de raciocínio, Luiz Flávio Gomes, citando Alberto Silva, lembra que a prisão cautelar não atrita de forma irremediável com a presunção de inocência. Há, em verdade, uma convivência harmonizável entre ambas desde que a medida de cautela preserve o seu caráter de excepcionalidade e não perca a sua qualidade instrumental [...] a prisão cautelar não pode, por isso, decorrer de simples automatismo legal, mas deve estar sempre

<sup>39</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 225.

subordinada à sua necessidade concreta, real efetiva, traduzida pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* [...] <sup>40</sup> grifo nosso.

O *fumus boni iuris* para a decretação da custódia cautelar é comum a qualquer de suas espécies, e consiste na demonstração de que há probabilidade de que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito, além da prova da existência do crime, ou seja, requer prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

O *periculum in mora* consiste nos fundamentos da prisão cautelar e vai variar segundo as particularidades de cada prisão provisória prevista, qual seja, a prisão em flagrante, a preventiva, a proveniente de pronúncia, a decorrente de sentença penal condenatória recorrível, assim como, a temporária. Na situação problematizada, vislumbrando-se que o réu não ficará preso, seja porque beneficiário do regime aberto ou semi-aberto, ou porque cabível a suspensão condicional de execução da pena, ou mesmo a substituição da pena, não deverá a prisão preventiva ser decretada, ou deve ser deferida a liberdade provisória no caso de prisão em flagrante. Isso ocorre porque nessas hipóteses faltará o *periculum in mora* autorizador da prisão processual.

## 2.2 Prisão em flagrante (arts. 301 a 310, CPP)

O termo flagrante provém do latim *flagrare* que significa queimar, arder, consoante se apreende da lição de Hélio Tornaghi<sup>41</sup>. Assim, consiste no crime que ainda queima, isto é aquele que acaba de ser cometido ou ainda está sendo cometido. Conclui o autor, “[...] flagrante é, portanto, o que está a queimar, e, em sentido figurado, o que está a acontecer.”<sup>42</sup> A seguir, assevera, Fernando Capez<sup>43</sup>, tratar-se, “[...] portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um

<sup>40</sup> GOMES, 1996, p. 49 apud CAPEZ, 2002, p. 238.

<sup>41</sup> apud CAPEZ, 2002, p. 229.

<sup>42</sup> CAPEZ, 2002, p. 229.

<sup>43</sup> CAPEZ, 2002, p. 229.

crime ou uma contravenção.” Para Júlio Fabrini Mirabete<sup>44</sup> “[...] flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão de seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’.”

A prisão em flagrante pode ser decretada por prazo indeterminado, sendo que iniciada a ação penal deve mudar o título passando a ser tida como prisão preventiva, presentes os seus requisitos.

### 2.3 Prisão preventiva (arts. 311 a 316, CPP)

Na lição de Fernando Capez o conceito de prisão preventiva consiste em uma “[...] prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que tiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.”<sup>45</sup>

Possui natureza provisória e cautelar com o objetivo de garantir o provimento judicial futuro, para que o mesmo não se torne inútil caso o réu seja mantido em liberdade. Sendo uma prisão cautelar, como ensina o autor, deve ser excepcional, ou seja, somente poderá ser decretada quando presente os requisitos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Nesse sentido, destaca, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se observa: “[...] a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada.”<sup>46</sup>

#### 2.3.1 Pressupostos ou requisitos da prisão preventiva

Consoante salienta Capez<sup>47</sup> o que a doutrina tradicional chama de pressupostos nada mais é que um dos requisitos da tutela cautelar. Estes

<sup>44</sup> apud CAPEZ, 2002, p. 229.

<sup>45</sup> CAPEZ, 2002, p. 237.

<sup>46</sup> RT, 531/301 apud CAPEZ, 2002, p. 238.

<sup>47</sup> CAPEZ, 2002, p. 239.

pressupostos constituem o *fumus boni iuris* para a decretação da custódia, qual seja, a demonstração de que há probabilidade de que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito. Assim, são pressupostos para a decretação a prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva) e indícios suficientes de autoria. Estamos trabalhando com juízo de probabilidade e assim, como observa o autor citado, a dúvida milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*). Cita, então, a seguinte jurisprudência: “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória.”<sup>48</sup>

### **2.3.2 Condições de admissibilidade da prisão preventiva**

A prisão preventiva somente é admitida nos crimes dolosos punidos:

- a - com reclusão;
- b - com detenção, se o indiciado for vadio ou de identidade duvidosa.

Assim, na lição de Capez<sup>49</sup> não cabe prisão preventiva em caso de crime culposos, contravenção penal, e crimes em que o réu se livre solto, independentemente de fiança. Não se decreta também, segundo ensina, no caso do réu ter agido acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude.

### **2.3.3 Hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva**

#### **2.3.3.1 Garantia da ordem pública**

Segundo Capez<sup>50</sup> “[...] a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social,

<sup>48</sup> RT, 554/386 apud CAPEZ, 2002, p. 239.

<sup>49</sup> CAPEZ, 2002, p. 241.

<sup>50</sup> CAPEZ, 2002, p. 239.

garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.”

No primeiro caso, como ensina o autor, há perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, já que o acusado poderá cometer inúmeros outros delitos, sendo que os maus antecedentes, a reincidência são indicadores de que o agente poderá voltar a delinquir e praticar inúmeros outros delitos.

Na segunda hipótese, a violência do delito provoca comoção no seio da sociedade, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora da resposta estatal. Dessa sorte, não se deve esperar o trânsito em julgado para que se encarcere o acusado.

Cita jurisprudência do STJ e Tribunal de São Paulo, respectivamente, segundo a qual a revolta da sociedade em face da grande crueldade e violência do delito, gerando clamor público ou temor na vítima, justificam a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública.<sup>51</sup> Destaca, porém, posição do STF em sentido contrário, entendendo que não se vislumbra *periculum in mora* no caso de prisão decretada para garantia da ordem pública em face da existência de clamor público, já que tal prisão não seria decretada em face de interesse do processo e, além disso, feriria o princípio da presunção de inocência. Segundo a jurisprudência então citada “[...] a repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva.”<sup>52</sup>

Conclui, então, que presente os requisitos da tutela cautelar, tanto o clamor público, como o temor da vítima ou o objetivo de impedir que o agente, solto, volte a delinquir, constituem o *periculum in mora* para a decretação da prisão preventiva.

#### 2.3.3.2 Conveniência da instrução criminal

Segundo Capez<sup>53</sup>, busca impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos entre outras possibilidades. O *periculum in mora* nesse caso

<sup>51</sup> RT 656/374; RT 691/314 apud CAPEZ, 2002, p. 240.

<sup>52</sup> RT 549/417 apud CAPEZ, 2002, p. 240.

<sup>53</sup> CAPEZ, 2002, p. 240.



resta evidenciado, pois não se chegará à verdade real se o acusado permanecer solto.

#### *2.3.3.3 Garantia de aplicação da lei penal*

Essa hipótese busca impedir que o acusado empreenda fuga e assim impeça a futura aplicação da lei penal. Se o acusado não tem residência fixa, trabalho ou ocupação regular, nada que o torne radicado no distrito da culpa, na expressão lingüística utilizada por Capez<sup>54</sup>, há um sério risco de a pena não vir a ser aplicada ante a provável evasão do réu.

#### *2.3.3.4 Garantia da ordem econômica*

O artigo 86 da Lei 8.884/1994, Lei antitruste incluiu essa hipótese de prisão preventiva. Segundo Capez<sup>55</sup>, trata-se de uma repetição do requisito “garantia da ordem pública”.

#### **2.3.4 Decretação da prisão preventiva**

Na lição de Capez

[...] pode ocorrer em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, em virtude de requerimento do Ministério Público, representação da autoridade policial (seguida de manifestação do *parquet*) ou de ofício pelo juiz (CPP, art. 311). Cabe tanto em ação penal pública como em ação privada.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> CAPEZ, 2002, p. 240.

<sup>55</sup> CAPEZ, 2002.

<sup>56</sup> CAPEZ, 2002, p. 241.

Segundo Mirabete<sup>57</sup>, no caso de réu ao qual foi concedida a liberdade provisória, posterior decreto de prisão preventiva somente pode ser decretado com base em fatos novos e ocorridos após a sentença recorrível ou à sentença de pronúncia. Veja, nesse sentido, RT 551/342 e 598/417.

Na lição de Mirabete<sup>58</sup>, o instituto da prisão preventiva é incompatível com qualquer espécie de liberdade provisória, contudo já se decidiu que, diante das circunstâncias fáticas do caso a prisão preventiva pode ser substituída pela liberdade provisória, com fiança. Nesse sentido, veja-se STJ:RSTJ 31/434.

Da decisão que decreta a prisão preventiva não cabe recurso, mas o acusado pode entrar com hábeas corpus com fundamento em constrangimento ilegal, decorrente da inadmissibilidade da medida, falta de fundamentação adequada ou inexistência de pressupostos, entre outros.

Ainda segundo Mirabete<sup>59</sup>, a prisão preventiva apresenta o caráter *rebus sic standibus*, podendo ser revogada conforme o estado da causa. Segundo o artigo 316, o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, não devendo ser ela mantida só porque a autoria está suficientemente provada e a materialidade da infração demonstrada. Se foi decretada só para a garantia da instrução criminal, finda esta não é mais necessária, impondo-se a revogação da medida. Em outro norte, não se revoga a prisão se ainda subsistem os motivos que serviram de base para a sua decretação. Salienta, ademais, que ao juiz é facultado, inclusive, modificar o seu ponto de vista, seja por prova superveniente, seja por nova ponderação sobre o assunto. A revogação, nesse caso, deve se pautar no desaparecimento das razões que determinaram a preventiva.

A segunda parte do artigo 316 permite que a prisão preventiva seja novamente decretada quando se fizer presentes os seus fundamentos. Entretanto, não se restabelece a prisão em caso de absolvição pelo júri, mas se o decreto condenatório for anulado, por força de apelo da acusação, a prisão será restabelecida.

---

<sup>57</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini Mirabete. **Processo penal**. 16. ed. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004. p. 421.

<sup>58</sup> MIRABETE, 2004, p. 422.

<sup>59</sup> MIRABETE, 2004, p. 423.

## 2.4 Prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º, CPP)

Na lição de Antônio Scarance Fernandes<sup>60</sup> essa prisão constitui antecipação da pena contrariando o texto constitucional. O réu só não será preso se for primário ou tiver bons antecedentes. Essa prisão não tem natureza cautelar, segundo o autor, pois nem sempre precisa ser presa a pessoa não primária ou que não tenha bons antecedentes.

## 2.5 Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (CPP, arts. 393, I e 594; art. 2º, § 3º da Lei 8.072/90; art. 35 da Lei 6.368/76 (lei de tóxico antiga, revogado pelo artigo 59, da Lei 11.343/2006)), art. 9º, da Lei 9.034/95 e artigo 3º, da Lei 9.613/98

Na opinião de Scarance Fernandes<sup>61</sup> essa prisão também representa uma antecipação da pena e não possui natureza cautelar.

Segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>62</sup>, a prisão do réu em caso de condenação não é necessária como dão a entender os dispositivos legais. Pode ser um dos efeitos da condenação sujeita a recurso negar o juiz ao condenado não primário e de maus antecedentes o direito de permanecer em liberdade para recorrer, nos crimes inafiançáveis. Nas inafiançáveis, se prestar a fiança e não sendo reincidente, pode permanecer solto.

A seguir Nucci, comentando o artigo 594, e seguintes, estabelece que “[...] a prisão como regra para apelar não fere o princípio da presunção de inocência, desde que haja a indicação dos requisitos objetivos e subjetivos que demonstrem a necessidade da prisão que ele chama de cautelar.” A seguir enuncia que, cautelarmente, “[...] impõe-se a sua segregação, do mesmo modo que se pode fazer ao longo da instrução, portanto antes da condenação, ao ser decretada a prisão preventiva.”<sup>63</sup>

<sup>60</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 15, n. 64, p. 239-252, jan./fev. 2007.

<sup>61</sup> FERNANDES, 2007.

<sup>62</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 678.

<sup>63</sup> NUCCI, 2008, p. 947 et seq..

A necessidade da prisão é delimitada pelas hipóteses em que cabível a prisão preventiva. Por ocasião da prolação da sentença condenatória, verificando o juiz que a prisão preventiva é necessária, fundada nos elementos do artigo 312, CPP, pode-se impedir que o condenado apele em liberdade.

Analizando a conveniência da manutenção da prisão cautelar, Nucci, assim enuncia:

[...] embora deva o juiz seguir os parâmetros impostos neste artigo para analisar o direito do réu de recorrer em liberdade, permitindo que isso ocorra somente se for primário e tiver bons antecedentes ou prestar fiança, ou ainda se os requisitos da preventiva não estiverem presentes, é preciso considerar que há outras situações impondo a liberdade do acusado, por afirmar-se em outros princípios penais e processuais penais. Assim, caso o juiz imponha ao acusado o regime aberto, não importando em que situação ele se encontra, não há cabimento em mantê-lo no cárcere, pois, se confirmada a decisão, o cumprimento de sua pena se dará, praticamente, em liberdade. Por outro lado, caso a pena fixada pelo magistrado seja branda, levando-se em conta o tempo de prisão cautelar (sobre o qual incidirá a detração) e também o período que deverá aguardar para que seu recurso seja julgado, pode ser de flagrante injustiça mantê-lo preso. Afinal, a pena total aplicada pode ser inferior ao tempo de detenção cautelar, o que não é razoável. Enfim, torna-se imperiosa a utilização da proibição de recorrer em liberdade com cautela e prudência, conforme o caso concreto que cada réu apresente.<sup>64</sup>

No caso dos crimes hediondos, como observa Nucci<sup>65</sup>, onde o regime de cumprimento da pena é inicialmente fechado e as penas são elevadas, a regra é o recolhimento à prisão para poder recorrer, mas deve haver fundamentação. A Lei 8.072/90 preceitua poder o juiz, fundamentando convenientemente, permitir o recurso em liberdade (art. 2º, § 3º).

Em relação ao tráfico ilícito de entorpecentes, como observa Guilherme de Souza Nucci<sup>66</sup>, havia preceito especial na revogada Lei 6.368/76 (Lei de tóxicos, artigo 35), que impunha sempre o recolhimento do réu para apelar. Modificou-se esse preceito, passando-se a adotar o modelo do artigo 594 do Código de Processo Penal, segundo o qual, nos crimes previstos no artigo 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória (artigo 59, Lei 11.343/2006).

A Lei do crime organizado, Lei 9.034/95, no artigo 9º, por sua vez, prevê a impossibilidade de recorrer em liberdade a todo condenado com base nos delitos

<sup>64</sup> NUCCI, 2008, p. 594.

<sup>65</sup> NUCCI, 2008, p. 950.

<sup>66</sup> NUCCI, 2008, p. 950.

nela previstos. Aqui Nucci destaca, ob. Citada, pág. 950, que a interpretação deve ser no mesmo sentido da lei dos crimes hediondos, na qual o juiz deve fundamentar a necessidade da medida cautelar.<sup>67</sup>

A Lei de lavagem de dinheiro, Lei 9.613/98, por fim, prevê no seu artigo 3º, a impossibilidade do réu apelar em liberdade, desde que o juiz fundamente a necessidade da segregação cautelar.

## 2.6 Prisão temporária

A prisão temporária foi instituída pela Medida Provisória 111, de 24/11/1989 e depois substituída pela Lei nº 7.960/1989.

Consiste numa medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Segundo Mirabete<sup>68</sup>, contrasta com a tendência doutrinária moderna, de que não se deve possibilitar o recolhimento à prisão do autor da infração antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, máxime se primário e de bons antecedentes, ao prever o encarceramento temporário do indiciado no procedimento policial a qualquer tempo, por razões de necessidade ou conveniência.

Só pode ser decretada pela autoridade judiciária e possui tempo limitado de duração, ou seja, cinco dias, prorrogáveis por mais cinco nos crimes comuns ou de trinta prorrogáveis por mais trinta em se tratando de crime hediondo. Ainda segundo Mirabete, a prisão temporária é um *plus* em relação à prisão preventiva, regida por regras diversas. Assim, o tempo que o indiciado estiver recolhido em virtude dela não deve ser computado no prazo máximo fixado na lei para a ultimação do inquérito policial de réu preso, que é de 10 dias, ou do processo criminal que, em se tratando de rito comum, é de 81 dias.

O despacho em que se decretar a prisão temporária deve ser fundamentado, não bastando meras repetições formais da lei, devendo a autoridade policial apreciar os fundamentos de fato e de direito, demonstrando a presença dos pressupostos

---

<sup>67</sup> NUCCI, 2008, p. 950.

<sup>68</sup> MIRABETE, 2004, p. 425.

exigidos pela lei. Segundo Mirabete<sup>69</sup>, a prisão temporária pode ter o seu despacho reconsiderado caso se apresentem fatos que indicam não mais ser a mesma necessária.

### **2.6.1 Fundamentos**

A prisão temporária é uma prisão cautelar ou processual por excelência e está prevista na Lei 7.980/90 nas hipóteses taxativas previstas pelo artigo 1º, incisos I a III. Assim a prisão temporária terá cabimento quando houver imprescindibilidade para as investigações no inquérito policial (artigo 1º, I), ausência de residência fixa ou de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do réu (art. 1º, II) ou autoria e participação nos crimes elencados no artigo 1º, III. Veja-se as hipóteses:

#### *2.6.1.1 Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I)*

Refere-se a eventuais obstáculos na apuração da autoria e materialidade. Assinala, então, Mirabete<sup>70</sup> que em se verificando a imprescindibilidade da prisão para a investigação policial ela poderá ser decretada. Afirma ser a lei draconiana no inciso I permitindo não só a prisão do acusado como de qualquer pessoa, como por exemplo, uma testemunha, já que ao contrário dos demais incisos do artigo 1º, não se refere a indiciado.

#### *2.6.1.2 Ausência de residência fixa ou de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do réu (art. 1º, II)*

Essa norma destina-se a garantir o bom andamento do inquérito policial, que ficaria prejudicado caso o indiciado desaparecesse, sendo difícil a sua localização

---

<sup>69</sup> MIRABETE, 2004, p. 426.

<sup>70</sup> MIRABETE, 2004, p. 426.

por não ter a sua residência determinada ou por não se conhecer a sua verdadeira identidade.

#### *2.6.1.3 Autoria e participação em determinados crimes (art. 1º, III)*

Existem alguns crimes para os quais há a previsão da prisão temporária. São eles o homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro;

#### **2.6.2 Posições doutrinárias acerca da necessidade de estarem presentes os fundamentos da prisão temporária**

Existem quatro posições acerca da aplicação da prisão temporária, conforme enuncia Sérgio de Oliveira Médici<sup>71</sup> a saber:

- A – para Tourinho Filho e Júlio Mirabete, é cabível a prisão temporária em qualquer das situações previstas em lei, consoante entendimento que os requisitos são alternativos: ou um ou outro;
- B - Antonio Scarance Fernandes entende que a prisão temporária somente poderá ser decretada se estiverem presentes as três situações, sendo assim, cumulativos os requisitos;
- C – para Damásio E. de Jesus e Antônio Magalhães Gomes Filho, a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes apontados pela lei. Assim, deve concorrer qualquer das duas primeiras com os crimes indicados na lei, aí, então, caberá a prisão temporária. Fernando Capez também adota essa posição.

<sup>71</sup> apud CAPEZ, 2002, p. 243.

D – Já Vicente Greco Filho entende que a prisão temporária poderá ser decretada em qualquer das situações legais, desde que, com ela, presentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão preventiva.

## **2.7 Considerações finais acerca das prisões processuais ou provisórias ou instrumentais**

Analizadas uma a uma as hipóteses de prisões processuais ou cautelares existentes, pode-se concluir que elas não se confundem com a prisão decorrente de condenação penal, mas com ela deve ter íntima relação.

Existem várias hipóteses legais de prisão cautelar com os requisitos próprios a serem observados conforme a necessidade e o momento em que é requerida a prisão cautelar.

Os limites para a sua decretação estão na lei. Contudo, existem outros elementos limitadores que estão sendo cunhados pela doutrina e jurisprudência. O estudo dessa monografia diz respeito aos limites provenientes da projeção da pena que será aplicada. Isso porque não é razoável que o réu fique preso cautelarmente mais tempo do que ficará em razão da sentença penal condenatória. Como já dito alhures, o direito de liberdade é um bem protegido constitucionalmente, sendo que o artigo 5º, inciso LXXV, *fine*, prevê indenização para aquele que ficar preso mais tempo do que o fixado na sentença.

O próximo capítulo trata justamente desses institutos de direito penal que devem limitar a decretação da prisão cautelar ou processual ou provisória. Isso porque ao decretar a prisão processual e instrumental adequada ao caso concreto o juiz deve ter em mente quanto tempo o réu efetivamente vai ficar preso em razão da sentença penal condenatória. Fazendo uma projeção da pena e vislumbrando o juiz que o réu sairá em regime semi-aberto ou aberto ou será beneficiado com a suspensão condicional da pena ou que haverá substituição da pena, não deverá ser decretada a prisão processual, por faltar o *periculum in mora*. Em sendo o caso de réu já preso e sendo hipótese de liberdade provisória a mesma deve ser deferida.



## **CAPÍTULO 3 – ELEMENTOS AFETOS ÀS PRISÕES PROCESSUAIS OU PROVISÓRIAS E LIMITADORES DE SUA DECRETAÇÃO**

Esse capítulo trata dos institutos de direito penal que devem nortear o juiz na decretação da prisão processual. Sabendo-se que as custódias cautelares visam garantir a aplicação da lei penal, é necessário que as mesmas tenham utilidade prática. Não faz sentido que a prisão cautelar seja decretada na hipótese de um réu que se condenado não será recolhido à prisão. Nessa parte da monografia procurou-se abordar os institutos que impedem o recolhimento à prisão e, como consectário lógico, devem também impedir a decretação da prisão cautelar ou processual ou provisória.

Procurou-se, dessa forma, estudar o regime de cumprimento das penas, a suspensão condicional de execução da pena, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a liberdade provisória.

### **3.1 Regime de cumprimento das penas**

Segundo Rogério Greco, após o julgador ter concluído, em sua sentença, pela prática do delito, afirmando que o fato praticado pelo réu era típico, ilícito e culpável, a etapa seguinte consiste na aplicação da pena pelo critério trifásico do artigo 68, do Código Penal, atendendo-se aos critérios do artigo 59, do mesmo código.<sup>72</sup>

A seguir Greco enuncia, que as penas privativas de liberdade, nos termos do artigo 33, § 2º, deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, segundo os regimes fechado, semi-aberto ou aberto. Conclui, então, que, segundo o § 3º do artigo 33, do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 551.

<sup>73</sup> GRECO, 2003, p. 552.

Para Luiz Regis Prado, regimes penitenciários são formas de administração das prisões e os modos como se executam as penas, obedecendo sempre a um complexo conjunto de preceitos legais ou regulamentares.<sup>74</sup>

Para Prado, além dos requisitos essenciais, o juiz deve atentar para o fato de que, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observadas, quando houver, a detração ou a remição. Se sobrevier condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para a determinação do regime, nos termos do artigo 111, da LEP.<sup>75</sup>

### **3.1.1 Das penas privativas de liberdade**

#### **3.1.1.1 Regimes penitenciários: reclusão e detenção**

Na lição de Damásio E. de Jesus<sup>76</sup> o Código Penal em seu art. 33, *caput*, prevê três espécies de regimes penitenciários:

- a - o regime fechado;
- b - o regime semi-aberto;
- c - o regime aberto.

Considera-se regime fechado a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média (§ 1º, alínea a).

No regime semi-aberto, a execução da pena se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (alínea b).

No regime aberto, a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado (alínea c).

Existem duas penas privativas de liberdade, nos termos do artigo 33, *caput*, a saber:

---

<sup>74</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450.

<sup>75</sup> PRADO, 2002, p. 458.

<sup>76</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

- a - reclusão;
- b - detenção.

Segundo o artigo 33, *caput*, 1ª parte a pena de reclusão deve ser cumprida em um dos seguintes regimes:

- a - fechado;
- b - semi-aberto;
- c - aberto.

A par disso, nos termos do artigo 33, *caput*, 2ª parte, e, salvo a necessidade de transferência para regime fechado, a pena de detenção deve ser cumprida em um dos seguintes regimes:

- a - semi-aberto;
- b - aberto.

Principais diferenças entre a reclusão e a detenção:

- a - Segundo Damásio E. de Jesus<sup>77</sup> a reclusão se diferencia da detenção não só quanto à espécie de regime como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média ou mínima). Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média e regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo que o regime semi-aberto a execução da pena será em casa de albergado ou estabelecimento adequado;
- b - a seqüência de execução no concurso material (CP, art. 69, *caput* e 76, do CP), pois, aplicando-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela;
- c - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela ( art. 92, II), que somente irá acontecer com a prática de crime doloso punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado;
- d - a aplicação de medida de segurança (art. 97, *caput*), na qual o juiz poderá determinar o tratamento ambulatorial para a hipótese do fato praticado por incapaz ser punível com detenção;
- e - a concessão de fiança, cabível nos casos de infração punida com detenção (CPP, arts. 322 e 323, I);

---

<sup>77</sup> JESUS, 2002, v. 1, p. 523.

- f - a prisão preventiva ( CPP, arts. 312 e 313, I e II), que poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos casos de detenção, somente se admitirá a prisão preventiva se se apurar que o indiciado é vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
- g - a intimação da sentença de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida apenados com reclusão e, portanto, inafiançáveis, será sempre feita ao réu pessoalmente (414 do CPP).

Para Luiz Regis Prado, entretanto,

[...] a diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção - admite-se a execução somente em regime semi-aberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, caput, do Código Penal. Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade.<sup>78</sup>

O juiz, após ter concluído em sentença, pela prática de crime, afirmando ser o fato praticado pelo réu, típico, ilícito e culpável, passa à seguinte etapa, que consiste na aplicação da pena. Adotado o critério trifásico pelo artigo 68, do Código Penal, o juiz fixará a pena-base atendendo aos critérios do artigo 59 do Código Penal. Em seguida virão as circunstâncias atenuantes e agravantes e por fim, as causas de aumento e diminuição da pena. Ao juiz caberá, ao aplicar a pena ao sentenciado, determinar o regime inicial de cumprimento da pena, tendo por norte o artigo 59, III do Código Penal, nos termos do artigo 33, §§ 1º e 3º, do Código Penal.

O início de cumprimento da pena observará o disposto no artigo 33, § 2º, do CP e observará a forma progressiva de cumprimento segundo o mérito do condenado. Veja-se o que enuncia o artigo:

- a - o condenado a pena de reclusão superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (alínea a );
- b - o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto (alínea b);
- c - o não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>78</sup> PRADO, 2002, p. 454.

O condenado reincidente, nas hipóteses b e c, inicia o cumprimento em regime fechado.

A pena imposta por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo deve ser cumprida exclusivamente em regime fechado ( art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

### 3.1.1.2 *Regras do regime fechado*

Segundo o artigo 34, caput, do CP, no início do cumprimento da pena em regime fechado, o condenado será submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução. Ficará sujeito a trabalho no período diurno e isolamento no repouso noturno, nos termos do § 1º, do mesmo artigo. Dentro do estabelecimento prisional, o trabalho será em comum, de acordo com as aptidões e ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (§ 2º). Em se tratando de obras públicas, é admissível o trabalho externo.

Na lição de Rogério Greco, quando há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo sido determinado ao condenado o regime de cumprimento fechado, ele será encaminhada à Penitenciária, nos termos do art. 87 da Lei de Execução Penal, expedindo-se a indispensável guia de recolhimento para a execução, que será extraída pelo escrivão e assinada pelo juiz e conterá o nome do condenado; sua qualificação civil; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como a certidão de trânsito em julgado; a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; a data da terminação da pena e outras peças do processo que forem reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário, nos termos do art. 106, da LEP.<sup>79</sup>

### 3.1.1.3 *Regras do regime semi-aberto*

---

<sup>79</sup> GRECO, 2003, p. 561.

No regime semi-aberto, o artigo 35, caput do CP, prevê a obrigatoriedade do exame criminológico. Contudo, o artigo 8º, parágrafo único da LEP fala em simples faculdade. O professor Damásio E. de Jesus<sup>80</sup>, analisando a questão, afirma que trata-se de mera faculdade para o juiz, uma vez que as duas normas entraram em vigor na mesma data, e, diante de eventual conflito deve prevalecer a que mais beneficia o condenado.

O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (§ 1º), sendo admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (§ 2º).

Segundo Rogério Greco, o trabalho do condenado em regime semi-aberto possibilita a remição de sua pena na proporção de três dias de trabalho por um dia de pena<sup>81</sup>. Destaca o autor, citando a súmula 269, que “[...] é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”<sup>82</sup>

#### 3.1.1.4 Regras do regime aberto

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, caput). O condenado, então, poderá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido no período noturno e nos dias de folga (§ 1º). O condenado deverá ser transferido do regime aberto se cometer fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar multa cumulativamente aplicada. (§ 2º).

Segundo Rogério Greco<sup>83</sup>, o regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade. O seu cumprimento é realizado em estabelecimento denominado Casa do Albergado. Esse regime, segundo ensina, baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, pois

---

<sup>80</sup> JESUS, 2002, v. 1, p. 525.

<sup>81</sup> GRECO, 2003, p. 563.

<sup>82</sup> GRECO, 2003, p. 564.

<sup>83</sup> GRECO, 2003, p. 564.

permite, como já ressaltado, que o condenado, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, freqüente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Segundo salienta Greco<sup>84</sup>, a peculiaridade do regime aberto, é que não há previsão para a remição pelo trabalho, pois somente pode ingressar nesse regime que trabalha ou tem a possibilidade de vir a fazê-lo. Assim, o trabalho é condição para o início de cumprimento da pena ou de progressão para o regime aberto. Sem trabalho não é possível o regime aberto, com exceção que a LEP elenca no seu artigo 117, a saber: condenado maior de 70 anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e, condenada gestante.

### 3.2 Suspensão condicional de execução da pena

O *sursis* ou a suspensão condicional de execução da pena é um instituto que permite que o condenado não fique sujeito à execução da pena privativa de liberdade de pequena duração. O juiz na sentença condenatória, desde que não seja o caso de aplicação de pena restritiva de direitos, reunidos os requisitos do instituto, concede ao réu o *sursis*, dando os motivos da decisão (Lei de Execução Penal, art. 160). Da data da audiência admonitória começa o período de prova, que varia de dois a quatro anos (CP, art. 77, *caput*), ficando em liberdade condicional. Segundo Damásio de Jesus<sup>85</sup>

[...] se o juiz marca o prazo de dois anos, quer dizer que o condenado ficará durante esse período em observação. Se não praticar nova infração penal e cumprir as condições impostas pelo juiz, este, ao final do período de prova, determinará a extinção da pena que se encontrava com sua execução suspensa. Se durante o período de prova houver revogação do *sursis* o condenado cumprirá a pena que se achava com a execução suspensa.

Afirma, então, o autor que trata-se de uma medida penal de natureza restritiva da liberdade de cunho repressivo e preventivo. O juiz não tem a faculdade de aplicar ou não o *sursis*, pois se estiverem presentes os seus pressupostos a aplicação é

---

<sup>84</sup> GRECO, 2003, p. 564.

<sup>85</sup> JESUS, 2002, v. 1, p. 613.

obrigatória. Ensina, a seguir, o autor que o *sursis* é tratado no CP (artigos. 77 a 82) e na Lei de Execução Penal (arts. 156 e s.).

O *sursis* apresenta duas formas: a suspensão simples (art. 77) e a especial (art. 78, § 2º). De acordo com o artigo 77, *caput* do CP, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde o condenado não seja reincidente em crime culposos; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como, os motivos e circunstâncias autorizem a concessão do benefício, e, ainda, não seja cabível a substituição por pena restritiva de direito, nos moldes do artigo 44 do CP.

Os requisitos objetivos do *sursis* dizem respeito à qualidade e quantidade da pena. Os subjetivos referem-se aos antecedentes judiciais e qualidades pessoais do réu. Somente a pena privativa de liberdade, seja a reclusão ou detenção, admite o sistema. As penas restritivas de direito e a multa não o admitem.

Na lição de Rogério Greco, a suspensão condicional da pena tem função descarcerizadora e tem por finalidade evitar o aprisionamento daqueles que foram condenados a penas de curta duração, evitando-se a estigmatização da prisão. Sustenta, o autor que “medidas como a suspensão condicional da pena surgem a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, que, embora tenha cometido um delito, não merece se ver privada de sua liberdade, sendo jogada em um ambiente que, certamente, perverterá a sua personalidade.”<sup>86</sup>

### 3.3 Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos

Segundo do artigo 43 do Código Penal, as penas restritivas de direito são as seguintes: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

O artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos necessários para que o juiz possa levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de

---

<sup>86</sup> GRECO, 2003, p. 692.



direitos. Segundo Rogério Greco<sup>87</sup> os requisitos são cumulativos, devendo todos estar presentes para que se possa realizar a substituição.

O primeiro requisito é objetivo e diz ser possível a substituição quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena, se o crime for culposos (art. 44, I).

O segundo requisito aparece no art. 44, II, que elenca a inexistência da reincidência em crime doloso. O § 3º do artigo 44 faculta ao juiz a substituição mesmo que o condenado seja reincidente doloso, desde que em face da condenação anterior a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não tenha se operado em virtude da prática do mesmo crime.

No artigo 44, III, aparece o requisito de natureza subjetiva que, juntamente com os dois anteriores, possibilita a substituição desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Segundo Luiz Regis Prado, segundo a Lei 9.714/98 seria inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade imposta pelo delito previsto no artigo 129, *caput*, do CP por pena restritiva de direitos, por haver violência contra a pessoa (art. 44, I, CP). Mas, a lesão corporal leve dolosa é infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61, Lei 9.099/95 e por isso será admissível a substituição. O mesmo ocorre com a ameaça, prevista no artigo 147, do CP e com o constrangimento ilegal, previsto no artigo 146, do CP. O autor salienta, ademais, que “[...] nos Juizados Especiais Criminais as penas restritivas de direitos têm natureza alternativa - e não substitutiva - o que significa que são aplicadas independentemente da fixação da pena de prisão.”<sup>88</sup>

### 3.4 Liberdade provisória

Na lição de Mirabete<sup>89</sup> a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é um mal e por isso o direito positivo procura estabelecer

<sup>87</sup> GRECO, 2003, p. 585.

<sup>88</sup> PRADO, 2002, p. 493.

<sup>89</sup> MIRABETE, 2004, p. 435.

institutos e medidas que assegurem o desenvolvimento regular do processo com a presença do imputado ao processo, mas sem o sacrifício da prisão que somente deve acontecer em último caso e quando absolutamente necessário. Busca-se conciliar os interesses da sociedade que não admite que o réu se furte à aplicação e execução da pena e os do acusado de não ser preso senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ao longo da história sempre existiram institutos substitutivos da prisão provisória e entre nós o instituto é o da liberdade provisória, que substitui a prisão provisória, atual ou iminente, com ou sem fiança, nas hipóteses de flagrante (artigos 301 a 310, do CPP), em decorrência de pronúncia (art. 408, § 1º, do CPP) e da sentença penal condenatória recorrível (art. 594, do CPP). Por esse instituto, como salienta Mirabete, o acusado não é recolhido à prisão ou é posto em liberdade quando preso, devendo observar ou não certas obrigações que o prendem no processo e ao juízo, garantindo sua presença no processo sem que seja submetido ao sacrifício da prisão provisória. A liberdade fica limitada por certas condições que o instituto impõe. Tem a denominação provisória porque pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada. Vigora até o trânsito em julgado da sentença penal que se for condenatória torna possível a execução da pena e se for absolutória transforma a liberdade em definitiva.

Para Guilherme de Souza Nucci<sup>90</sup>, a liberdade provisória é aquela concedida ao indiciado ou réu, preso em flagrante ou em decorrência de pronúncia ou sentença condenatória recorrível, em função da aplicação do princípio da presunção de inocência, e, tem por fundamento o artigo 5º, LXVI, da Carta Magna. Segundo Nucci, a liberdade provisória, com ou sem fiança, possui cabimento restrito, sendo somente compatível com a prisão em flagrante, com a prisão decorrente de pronúncia e com a resultante de sentença penal condenatória recorrível, mas não com a prisão preventiva ou temporária. Segundo o autor,

[...] nessas duas últimas hipóteses, vislumbrando não mais estarem presentes os requisitos que as determinaram, o melhor a fazer é revogar a custódia cautelar, mas não colocar o réu em liberdade provisória, que implica sempre o respeito a determinadas condições.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> NUCCI, 2008, p. 618.

<sup>91</sup> NUCCI, 2008, p. 619.

### **3.4.1 Espécies de liberdade provisória**

#### **3.4.1.1 Liberdade provisória obrigatória**

Quando o réu se livra solto, independentemente de fiança (art. 321, I e II, ressalvado o disposto no artigo 323, III e IV, todos do CPP).

Para Capez<sup>92</sup>, é um direito incondicional do acusado e, uma vez preenchidos os requisitos legais, não pode lhe ser negado. Ocorre, segundo elenca, na hipótese de infração penal não punida com pena privativa de liberdade ou quando o máximo da pena privativa de liberdade não exceder três meses, ou seja, nas infrações em que o réu se livra solto. A Lei 9.099/95 instituiu nova hipótese de liberdade provisória obrigatória, qual seja, quando o autor do fato, surpreendido em flagrante, assumir o compromisso de comparecer à sede do juízo.

#### **3.4.1.2 Liberdade provisória permitida**

Em todas as hipóteses em que não couber a prisão preventiva, inclusive ao acusado primário e de bons antecedentes que foi pronunciado (art. 408, § 2º, CPP) ou condenado por sentença recorrível (art. 594, CPP), desde que preenchidos os requisitos legais, com ou sem fiança.

Segundo Capez, ocorre nas hipóteses em que não couber preventiva ou nas hipóteses em que o réu pronunciado tem o direito de aguardar o julgamento em liberdade (CPP, art. 408, § 2º) ou o condenado tem direito de apelar em liberdade (CPP, art. 594). Pode ser liberdade Provisória com fiança ou sem fiança.<sup>93</sup>

#### **3.4.1.3 Liberdade provisória vedada**

---

<sup>92</sup> CAPEZ, 2002, p. 245.

<sup>93</sup> CAPEZ, 2002, p. 245.

Quando couber a prisão preventiva e nas hipóteses em que a lei estabelecer expressamente a proibição.

Para Nucci<sup>94</sup>, hodiernamente, após a edição de leis mais severas, existem hipóteses em que não se admite a concessão, pelo juiz, de liberdade provisória. São exemplos, a lei do crime organizado, quando os agentes tiverem tido intensa e efetiva participação na organização, nos termos do artigo 7º, da Lei 9.034/95; e a lei de lavagem de dinheiro, conforme o estipulado no art. 3º, da Lei 9.613/98.

Capez, destaca a proibição de liberdade provisória para os crimes hediondos, nos termos do art. 2º, II, da Lei 8.072/90.<sup>95</sup> Afirma, entretanto, que recentemente o Superior Tribunal de Justiça entendeu que ante a falta de comprovação válida e consubstanciada do *periculum in mora*, não se justifica a manutenção da prisão processual apenas porque o crime imputado foi classificado como hediondo, admitindo liberdade provisória em crime hediondo.<sup>96</sup>

### **3.4.2 Hipóteses de liberdade provisória**

#### **3.4.2.1 Liberdade provisória sem fiança**

##### **3.4.2.1.1 Liberdade provisória sem vinculação**

Nesse caso não se impõe obrigações para o acusado. É a hipótese do réu se livrar solto quando à infração não for isolada ou cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Seria um contra-senso manter o réu preso provisoriamente quando o crime por ele praticado não é punido com pena privativa de liberdade.

Refere-se a lei às contravenções apenadas exclusivamente com pena de multa, aos crimes de responsabilidade do Presidente da República e de Ministros de Estado, dos Prefeitos e Vereadores, de Governador do Distrito Federal, dos

---

<sup>94</sup> NUCCI, 2008, p. 597.

<sup>95</sup> CAPEZ, 2002, p. 246.

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 5.247/RJ. Sexta Turma. Relator: Min. Willian Patterson. DJ, 4 ago. 1997.

Territórios Federais e de seus respectivos secretários em que a pena aplicável é a perda ou suspensão do cargo etc, mas não há pena privativa de liberdade.

A outra hipótese diz respeito às infrações penais (crimes ou contravenções) em que a pena privativa de liberdade cominada isolada, cumulativa ou alternativamente, não excede a três meses.

Segundo Mirabete<sup>97</sup>

[...] justifica-se o dispositivo eis que, diante do tempo de duração do inquérito e ação penal, inclusive na fase recursal, certamente o acusado ficaria mais tempo preso em decorrência da prisão provisória do que em função da condenação final que não excederia os três meses de reclusão, detenção ou prisão simples.

A pena máxima de três meses é a abstratamente considerada. Nos termos do art. 321, *caput*, CPP, não se livrará solto se for vadio ou reincidente em crime doloso. Não preenchendo os requisitos legais para obter a liberdade provisória com ou sem fiança, aguardará preso o desenrolar do processo.

#### 3.4.2.1.2 Liberdade provisória com vinculação

A primeira hipótese prevista é para o caso do juiz verificar que o agente praticou o fato acobertado por uma exclusão de ilicitude. Tratando-se de fato típico, mas aparentemente lícito, não se vislumbra o *fumus boni iuris* para a custódia cautelar. A concessão pode acontecer tanto nos crimes afiançáveis, como nos inafiançáveis, beneficiando acusado primário ou não, reincidente entre outros. A única exigência é de que o acusado compareça a todos os atos do processo. Tal exigência deve ser cumprida, sob pena de revogação da medida.

A segunda hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas com vínculo ocorre quando o juiz vislumbra inoccorrência de qualquer das hipóteses de decretação da prisão preventiva. Deve, então, ser solto aquele que foi preso em flagrante e a quem não se observa os requisitos da preventiva. O dispositivo em estudo é aplicado às infrações afiançáveis ou inafiançáveis, ainda que graves, a réus primários ou reincidentes, de bons ou maus antecedentes, desde que não seja hipótese para a decretação da prisão preventiva, ou seja, desde que não seja

<sup>97</sup> MIRABETE, 2004, p. 437.

necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não se vislumbrando o *periculum in mora* para a manutenção da custódia. Tem-se entendido que o artigo 310, parágrafo único, atribui ao magistrado uma mera faculdade de conceder a liberdade provisória. Consiste, contudo, num direito subjetivo processual do acusado que privado de sua liberdade pelo flagrante a readquire desde que não ocorra nenhuma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Assim, não pode o juiz, reconhecendo que não há elementos para a prisão preventiva, deixar de conceder a liberdade provisória.

Existem leis especiais que limitam a concessão da liberdade provisória. Assim, os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. Também o são as ações praticadas por organizações criminosas, resultantes de quadrilha ou bando, nos termos da lei do crime organizado (art. 7º da Lei 9.034/95). São insuscetíveis de liberdade provisória o crime de posse ou porte ilegal de arma de uso proibido, comércio ilegal de arma de fogo, tráfico internacional de arma de fogo.

Da decisão que concede liberdade provisória cabe recurso em sentido estrito. Contra a denegação não há previsão de recurso, devendo o acusado impetrar a ordem de *habeas corpus* fundado na existência de constrangimento ilegal.

A revogação da liberdade provisória, com a restauração da prisão em flagrante ocorre quando o acusado injustificadamente não comparece ao ato a que deva estar presente. As hipóteses são de liberdade provisória com vínculo e não de simples relaxamento de flagrante.

#### 3.4.2.2 Liberdade provisória com fiança

Na lição de Capez<sup>98</sup> ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança, nos termos do princípio constitucional inserto no artigo 5º, LXVI. A fiança é uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu. É uma garantia real porque tem por objeto coisas não mais havendo fiança fidejussória no processo penal comum. O

<sup>98</sup> CAPEZ, 2002, p. 247.

pagamento de fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado e pode ser concedida desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

#### *3.4.2.2.1 Infrações inafiançáveis*

- a - crimes punidos com reclusão em que a pena mínima for superior a 2 anos. Aqui a pena considerada é a abstratamente cominada e não a pena em concreto;
- b - as contravenções penais de vadiagem e mendicância;
- c - crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, em que o réu for reincidente doloso;
- d - réu comprovadamente vadio;
- e - crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça contra pessoa;
- f - crimes de racismo ( CF, art. 5º, XLII, Leis n. 7.716/89 e 9.459/97);
- g - crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo ( CF, art. 5º, XLIII; Lei n. 8.072/90, art. 2º, II);
- h - crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático ( CF, art. 5º, XLIV);
- i - no caso de prisão civil e militar;
- j - para o réu que houver quebrado a fiança no mesmo processo;
- k - réu que deixar de comparecer a qualquer ato processual a que tenha sido intimado;
- l - quando estiverem presentes qualquer dos motivos que autorizam a prisão preventiva ( CPP, art. 312).

#### 3.4.2.2.2 Considerações sobre a fiança

A fiança pode ser dividida nas seguintes modalidades: a) por depósito: consistente no depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos e títulos da dívida pública; b) por hipoteca, desde que inscrita em primeiro lugar.

A coisa dada em caução fica sujeita ao pagamento de custas, da indenização, do dano e da multa, se o réu for condenado e mesmo que sobrevenha prescrição depois da sentença condenatória. Trata-se de fim secundário da fiança, pois o fim principal é assegurar a presença do acusado a todos os atos do processo, além da execução da pena privativa de liberdade.

Segundo o art. 326, CPP, o arbitramento da fiança deverá levar em conta a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna do agente, a sua vida pregressa e as circunstâncias indicativas de sua periculosidade.

Nos termos do art. 340, será exigido um reforço quando a fiança for tomada, por engano, em valor insuficiente, quando inovada a classificação do delito ou quando houver depreciação do valor dos bens hipotecados ou caucionados.

A par disso, o artigo 350, do CPP estabelece que nos casos em que o juiz verificar que o réu não pode prestar a fiança, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, dispensando-o do pagamento.

Segundo os artigos 327 e 328, o réu tem a obrigação de comparecer a todos os atos do processo para os quais for intimado, não mudar de residência sem prévia autorização judicial e não se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem prévia autorização judicial.

Segundo o artigo 322, *caput* e parágrafo único, a fiança pode ser concedida em qualquer fase do inquérito ou do processo, até o trânsito em julgado. A autoridade policial pode conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Nos demais casos a concessão será feita pelo juiz, dentro de 48 horas. Segundo o artigo 338, do CPP, a cassação ocorre quando se verifica que a fiança concedida não era cabível.

Nos termos do artigo 341, há o quebraimento da fiança quando o réu, legalmente intimado, deixa de comparecer para ato do processo, quando muda de



residência ou se ausenta por mais de oito dias sem comunicar previamente ao juízo ou quando na vigência do benefício comete outra infração penal. Nesse caso, haverá perda de metade do valor da fiança, além da obrigação do réu em recolher-se à prisão, nos termos do artigo 343, CPP, além da proibição de ser concedida nova fiança no mesmo processo (artigo 324,I) e decretação da revelia.

Segundo o artigo 344, quando o condenado não se apresenta à prisão ocorre o perdimento do valor total da fiança. Isso ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que não for concedida a suspensão condicional da pena. Não havendo quebraimento ou perda da fiança, passando em julgado a sentença que houver absolvido ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir será restituído sem desconto. É o que dispõe o artigo 337, que excetua a prescrição após a sentença condenatória.

A liberdade provisória deve ser concedida quando se vislumbra que o réu se condenado pegará regime aberto ou semi-aberto e ainda pode se beneficiar da suspensão condicional de execução da pena, ou mesmo de substituição da pena.

### **3.5 Considerações finais acerca dos elementos que devem influenciar e limitar a decretação das prisões processuais**

O objetivo desse capítulo foi analisar os institutos que impedem o recolhimento do réu ao cárcere, pois se com a sentença penal condenatória não haverá a prisão em regime fechado, com mais razão não poderá haver a prisão cautelar do acusado, pois acabaria por criar uma situação injusta para o acusado que ficaria preso por ocasião da persecução penal e não após a sentença penal.

Assim, após o estudos das prisões processuais ou provisórias, no capítulo 2, passou-se ao estudo dos elementos que devem influenciar e limitar a prisão processual ou provisória, justamente porque impedem a prisão proveniente de sentença penal condenatória recorrível. São eles: o regime de cumprimento das penas, a suspensão condicional de execução da pena, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. E, fechando, a liberdade provisória, pois não sendo o caso de recolhimento à prisão e estando presentes os requisitos de sua incidência, a mesma deve ser deferida.

O próximo capítulo busca demonstrar como a doutrina e a jurisprudência vêm tratando as prisões processuais nas hipóteses em que não haverá prisão em regime fechado por ocasião da sentença penal condenatória.

#### **CAPÍTULO 4 - PROJEÇÃO DA PENA COMO CRITÉRIO INIBIDOR DA PRISÃO PROCESSUAL PENAL – POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE REGIME ABERTO, SEMI-ABERTO, SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DE PENA - POSIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA**

A pesquisa de jurisprudência dos tribunais revelou que a questão não está exaustivamente analisada, principalmente nos Tribunais superiores. No STF, um precedente encontrado data de 1989, do Relator Min. Moreira Alves, em sentido contrário à tese do relaxamento da prisão preventiva ante a possibilidade de o acusado poder ser beneficiado com o sursis, ao argumento de que as finalidades das prisões processuais não se confundem com as da pena privativa de liberdade.

No STJ foram encontrados dois precedentes, ambos do Min. José Arnaldo da Fonseca. O mais antigo não admite a distinção acerca da possibilidade do réu vir a ser condenado a cumprir a pena em regime aberto ou semi-aberto, porque seria inadequada a designação em sede de prisão provisória. Mas o mais recente, inadmitiu a prisão preventiva porque o paciente se condenado seria beneficiado com os benefícios da suspensão condicional da pena.

Nos Tribunais de Justiça, contudo, a posição é de vanguarda. Tanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - cujos julgados foram escolhidos, ilustrativamente, por aparecerem em abundância e com fácil recuperação na pesquisa de jurisprudência, com os termos jurídicos empregados nesse trabalho - inadmitem a prisão preventiva caso o juiz vislumbre, pela projeção da pena, que o acusado será condenado a cumprir a pena em regime semi-aberto ou aberto, ou ainda, poderá ser beneficiado com a suspensão condicional da pena, ou mesmo pela substituição de pena. Vejamos os julgados, *verbis*:

'HABEAS CORPUS'. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, UMA VEZ QUE, AO SER DECRETADA, JÁ ESTAVA O RÉU FORAGIDO.

'HABEAS CORPUS' NÃO É MEIO IDÔNEO PARA EXAMINAR SE HÁ, OU NÃO, PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E DOS INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA.

SE O RÉU ESTÁ FORAGIDO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM EXCESSO DE PRAZO, POR AINDA NÃO ESTAR INICIADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL.

SITUAÇÃO DIVERSA DE CO-REUS QUE, DEPOIS DE PRESOS EM FLAGRANTE, TERIAM SIDO LIBERADOS.

PRISÃO PREVENTIVA NÃO SE RELAXA PELO FATO DE O ACUSADO, SE CONDENADO, PODER SER BENEFICIADO PELO 'SURISIS' E ISSO

PORQUE SUA NATUREZA E SUAS FINALIDADES NÃO SE CONFUNDEM COM AS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NÃO SE LHE APLICANDO, POIS, OS BENEFÍCIOS RELATIVOS A ESTA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.<sup>99</sup>

\*\*\*

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. RÉU PRESO. DEMORA DA CUSTÓDIA. RECURSOS. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA PREVISTA BEM SUPERIOR. ORDEM DENEGADA.

O cumprimento de custódia preventiva sempre se dá de uma única forma, não havendo distinções ou regimes diferentes; simplesmente o custodiado é submetido ao enclausuramento. Por isso, não se consente na alusão a regime fechado ou outro que o valha, porquanto inadequada a designação.

Por outro lado, tendo em vista a natureza da infração cometida e definida pela peça acusatória, abrangida a decisão desta Corte em fase de recurso especial, a pena imaginada suplanta e muito o tempo de prisão processual, inexistindo, ainda, ferimento ao direito de liberdade do Paciente.

Ordem denegada.<sup>100</sup>

\*\*\*

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA E, SE CONDENADO O PACIENTE, USUFRUIRÁ DOS BENEFÍCIOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PEDIDO DE TRATAMENTO ISONÔMICO COM OUTROS TRÊS RÉUS, SOLTOS. IMPROCEDÊNCIA.

1 – A decretação da prisão preventiva é justificada para garantir a ordem pública, assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, requisitos devidamente demonstrados.

2 – Distinção entre prisão penal e prisão processual.

3 – A situação dos réus soltos quanto aos fatos e circunstâncias, qual salientado na decisão impugnada, difere da do paciente, descogitando-se de aplicação da igualdade de tratamento.

Ordem denegada.<sup>101</sup>

\*\*\*

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRIMÁRIO, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA. ROUBO TENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 310, § ÚNICO, DO CPP. ORDEM IMPETRADA DEFERIDA. Se o paciente não está causando qualquer embaraço à instrução criminal; não havendo notícia de que pretenda furtar-se à aplicação da lei penal, nada indicando que possa causar ameaça à ordem pública, a privação de sua liberdade, pode denotar uma simples "resposta punitiva antecipada" máxime quando é certo que se for condenado, a pena deverá ser cumprida em regime aberto. Verificando-se que não se fazem presentes os requisitos ensejadores do decreto de prisão preventiva, concede-se a ordem impetrada, confirmando-se liminar antes deferida, para que o paciente responda ao processo em liberdade,

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 67328/SP. Relator: Min. Moreira Alves. **DJ**, 7 mar. 1989.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 27.840/DF. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 7 ago. 2003. **DJ**, 8 set. 2003. p. 347.

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 32.089/SP. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 27 abr. 2004. **DJ**, 24 maio 2004. p. 312.

sob o compromisso de comparecimento a todos os seus atos (art. 310, caput, in fine, do CPP).<sup>102</sup>

\*\*\*

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Roubo qualificado. Concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Liberdade provisória indeferida com fundamento exclusivo na gravidade do crime. Paciente primário, possuidor de bons antecedentes, com dezoito anos de idade, residência fixa e matriculado em estabelecimento de ensino regular. Ausência das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Ordem concedida. 1. A prisão em flagrante, como medida cautelar que é, somente se legitima quando ocorrente qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Além de averiguar a probabilidade de ser típico o fato que a determinou, cumpre ao juiz certificar-se da presença do periculum in mora para mantê-la, pois sua ausência implica direito subjetivo do réu à liberdade provisória com fiança ou sem ela. 2. A gravidade do crime capitulado na nota de culpa pela autoridade policial, por si só, é insuficiente para justificar o indeferimento de pedido de liberdade provisória, uma vez abolida a prisão preventiva compulsória com base na pena máxima abstratamente cominada. Por isso que o roubo qualificado, consideradas as circunstâncias em que foi praticado e a condição pessoal de seus autores, nem sempre gera a presunção de ameaça à ordem pública. O periculum libertatis deve ser demonstrado com fatos concretos. 3. Os que sustentam a prisão cautelar, como antecipação da tutela penal, hão de compreender a inutilidade dessa medida se está provado que o réu só recentemente alcançou a maioridade penal, estuda, possui bons antecedentes, reside com a família e há indícios de que lhe são favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Logo, se condenado, provavelmente sua pena será inferior a oito anos de prisão e poderá cumpri-la inicialmente em regime semi-aberto, com direito de freqüência a curso em que se encontra matriculado.<sup>103</sup>

\*\*\*

"Habeas Corpus. Paciente preso em flagrante e denunciado por estelionato, na forma tentada. Segregação antecipada que não se justifica, considerando a pena que será imposta, em caso de condenação, a sua primariedade, sua residência no local do fato e que será beneficiado com regime aberto ou suspensão condicional da execução da pena. Não se justifica a prisão antecipada de quem será solto, se condenado."<sup>104</sup>

\*\*\*

PRISÃO PREVENTIVA. DELITO DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU DE PREJUÍZO À VÍTIMA. EVENTUAL CONDENAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME CARCERÁRIO DIVERSO DO FECHADO. SUPERPOPULAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL. VAGA PARA DELITOS MAIS GRAVES.

<sup>102</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20030020011986HBC. Segunda Turma Criminal. Relator: Romão C. Oliveira. Brasília, 3 abr. 2003. **DJ**, 3 mar. 2004. p. 34.

<sup>103</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20020020036416HBC. Segunda Turma Criminal. Relator: Getúlio Pinheiro. Brasília, 23 maio 2002. **DJ**, 7 ago. 2002. p. 95.

<sup>104</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HBC768497, Relator: Natanael Caetano, Conselho da Magistratura. Brasília, 23 jun. 1997. **DJ**, 14 ago. 1997. p. 18.035.

NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO NECESSÁRIA ORDEM CONCEDIDA.<sup>105</sup>

\*\*\*

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA (ART. 312, CPP). CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO OU SUBSTITUIÇÃO POR PRD. FALTA DA RAZOABILIDADE DA CUSTÓDIA. Falta razoabilidade quando a prisão cautelar atinge aos autores, em tese, de delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa, que deve ser reservada aqueles que praticam delitos de maior gravidade. Ausentes circunstâncias que configurem os requisitos do Art. 312, CPP, - abalo ou risco a ordem pública ou a instrução criminal - não se justifica a segregação prévia. Só a gravidade do crime não é situação a ensejar prisão processual. Considera-se que, se condenados os pacientes, é praticamente certo que não cumprirão pena privativa de liberdade ou se cumprirem, não será em regime fechado, além da possibilidade de ser a pena privativa da liberdade substituída por restritiva de direitos. Ordem concedida.<sup>106</sup>

Na doutrina, destaca-se a lição de Antônio Scarance Fernandes<sup>107</sup>, no sentido de que os limites da prisão processual podem ser objetivos, subjetivos e temporais.

Os limites objetivos decorrem principalmente do tipo de infração, da necessidade da cautelar, uma vez presentes os pressupostos fáticos e da pena provável a ser aplicada.

Existem os limites derivados dos tipos de infrações, como por exemplo, a inadmissão da preventiva para crimes culposos, contravenções penais, crimes dolosos punidos com detenção. Existem os limites subjetivos, a par dos demais para o caso de indiciado vadio que não fornecer ou indicar elementos para sua identificação.

Na lição de Antônio Scarance Fernandes<sup>108</sup> um limite objetivo importante, para a prisão cautelar é a pena provável a ser aplicada, objeto desse estudo. Salienta o autor, que no Brasil tem-se relutado muito em trabalhar com a pena provável como parâmetro para a atuação de alguns institutos processuais, enquanto isso é procedimento comum em outros países, que extraem da pena provável alguns efeitos importantes, como o consenso, a aplicação da prisão processual, o estabelecimento de ritos, entre outros. No Brasil, alguns limites já decorrem da análise da pena a ser aplicada e decorre de parâmetros objetivos.

<sup>105</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 70024064438. Quinta Câmara Criminal. Relator: Dês. Aramis Nassif. Porto Alegre, 21 maio 2008. **Diário de Justiça**, 2 jul. 2008.

<sup>106</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 70021889381. Quinta Câmara Criminal. Relator: Dês. Aramis Nassif. Porto Alegre, 14 nov. 2007. **Diário de Justiça**, 22 jan. 2008.

<sup>107</sup> FERNANDES, 2007, p. 245.

<sup>108</sup> FERNANDES, 2007, p. 245.

São dois esses limites. O primeiro consiste na verificação da possibilidade de aplicação da pena privativa da liberdade ao final, na condenação. Só assim pode-se prender alguém cautelarmente. Como salienta Scarance<sup>109</sup>, não faz sentido prender alguém que se condenado cumpriria somente pena pecuniária ou pena restritiva de direito.

O segundo limite consiste na análise da possibilidade da pena privativa de liberdade a ser imposta permitir suspensão condicional ou regime aberto ou semi-aberto. Dessa forma, não haveria motivo plausível para se prender alguém cautelarmente, sendo que o mesmo depois de condenado, terá a pena suspensa ou terá o regime aberto ou semi-aberto, no qual o indivíduo trabalha, freqüenta curso ou exerce outra atividade durante o dia fora do estabelecimento prisional e se recolhe durante a noite.

---

<sup>109</sup> FERNANDES, 2007.

## CONCLUSÃO

Consoante já salientado, toda vez em que é praticado um ilícito penal surge para o Estado o poder-dever de apurar e impor ao culpado uma sanção. Essa apuração se dá através do inquérito policial e, posteriormente, através de um processo judicial que se segue. Ao acusado é sempre facultado o direito de se defender. Sobrevindo a condenação, passa-se à fase de execução, na qual será cumprida a pena imposta na sentença. Para que não se fruste o direito do Estado de impor uma sanção ao condenado, estão previstas as prisões processuais ou cautelares, que não se confundem com a prisão decorrente da condenação, mas cujo escopo é assegurar que esta será cumprida. Aliás, são duas as finalidades da prisão processual. A primeira é assegurar o regular trâmite e instrução do processo, enquanto a segunda é garantir a aplicação da lei penal. Elas existem para a garantia do processo, assegurando o direito de punir do Estado.

Por isso, ao decretá-la o juiz deve ter por norte os requisitos de necessidade e adequação, não se admitindo que ninguém fique mais tempo preso que o suficiente para o cumprimento da sanção que lhe foi imposta. A própria Constituição Federal de 1988 prevê uma indenização, no seu artigo 5º, inciso LXXV, *fine*, que beneficiará aquele que ficar preso mais tempo que o fixado na sentença.

Existe uma série de prisões processuais previstas pelo nosso ordenamento, a ser usada cada uma quando presentes os seus requisitos autorizadores. Entre elas se destacam a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão temporária.

Caso não se enquadre nas hipóteses legais de prisão processual e desde que presente os seus requisitos autorizadores é cabível a liberdade provisória. Assim, a prisão provisória somente se justifica quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Precisa, por isso, de preencher os requisitos da tutela cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Sem necessidade para o processo, ou sem o seu caráter instrumental, a decretação da prisão provisória e mais precisamente a prisão preventiva, nada mais seria do que uma execução da pena privativa de liberdade



antes da condenação transitada em julgado e isso violaria os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

O estudo das prisão cautelar e mais precisamente da projeção da pena como critério inibidor de sua decretação está afeta ao estudo do garantismo, cujo norte encontra-se nos limites do poder punitivo do Estado, através, principalmente, do respeito aos direitos fundamentais. Nenhum poder dentro do Estado Constitucional e Humanitário de Direito pode ser absoluto ou ilimitado. Esses limites são expressos através de princípios que contam com base constitucional, seja ela implícita ou explícita. Todos eles, entretanto, convergem para o princípio síntese que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na esteira do movimento garantista, foi concebido o minimalismo penal que se opõe ao direito penal máximo de caráter eminentemente punitivista. Busca-se a racionalidade do sistema, afastando surpresas e protegendo-se ao máximo a liberdade do cidadão contra o arbítrio do poder punitivo do Estado. Dessa sorte, vislumbrando-se que o acusado não ficará preso após a sentença penal condenatória, seja porque será beneficiado com o regime semi-aberto ou aberto, seja pela aplicação do sursis, ou pela substituição da pena, não há que se decretar a prisão processual do acusado. Caso já exista prisão do acusado, decorrente de flagrante, é o caso de se deferir a liberdade provisória.

No sistema penal minimalista garantista a atuação do juiz é de suma importância, tendo por objetivo reduzir ou conter o poder punitivo estatal. A coerência e racionalidade do sistema, como já enunciado, vai depender da forma como o magistrado aplica os princípios minimalistas. O que se almeja é o juiz constitucionalista, que se utilize da ponderação, da aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência para se chegar a uma solução adequada e justa para o caso concreto. E, para esclarecer, ser juiz constitucionalista significa adotar o sistema penal minimalista garantista do Estado Constitucional e Humanitário de Direito, dizendo em cada caso os valores que devem preponderar, adotando uma posição clara de garante dos direitos fundamentais, no caso em exame, da liberdade, assumindo uma posição crítica frente a leis desarrazoadas. Sem sombra de dúvida, a posição do juiz é de garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consoante já salientado, constitui-se em alicerce dos demais princípios constitucionais penais, funcionando

como objetivo e limite à atuação dos poderes estatais, Mesmo quando a medida for imprescindível deve-se preservar a condição do homem, enquanto pessoa, livre de atentados à sua integridade física, corporal, à sua imagem e de todos os efeitos prejudiciais de uma prisão prematura.

Outro princípio balizador das decretações processuais penais é o da presunção de inocência, enunciado na própria Carta Magna, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Impõe-se como uma regra de tratamento do acusado que, antes da condenação definitiva, não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado. Por esse princípio, o acusado deve ser concebido como sujeito da relação processual, proibindo-se a antecipação de resultados com a decretação da prisão, somente podendo ser decretada quando fundada em razões de extrema necessidade. Não se concebe o encarceramento como antecipação da punição, devendo-se perquirir sobre o *periculum libertatis*, mormente quando inexistirá a prisão, sendo o réu beneficiado com o regime semi-aberto ou aberto, ou mesmo com o sursis processual, ou ainda, substituição da pena.

Pelo princípio da proporcionalidade, o juiz deve verificar a compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados, bem como a verificação da legitimidade dos fins. Deve-se fazer opção pelo razoável, ou seja, pelo que é conforme à razão, supondo moderação e harmonia, que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Um requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade é a exibibilidade ou necessidade da medida. Busca-se a menor ingerência possível, com menos oneração ao cidadão, consistindo no princípio da proibição de excesso.

São três os requisitos do princípio da proporcionalidade, conforme já explicitado. A adequação, exigindo-se que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; a necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e, a proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para que se justifique a interferência na esfera do cidadão.

De qualquer sorte, o princípio da proporcionalidade traz ínsito em si, uma importante função interpretativa, indicando ao hermeneuta o caminho correto de busca pela solução mais justa ao caso concreto. Aproxima-se da equidade e

consiste num importante meio de realização da justiça, mormente no caso do instituto da prisão cautelar, limitando a sua incidência, não se admitindo a sua decretação de forma discriminatória, autoritária, ocasionando ao acusado um dano maior do que aquele decorrente da própria condenação.

É bem verdade que a prisão cautelar não atrita de forma absoluta com a presunção de inocência, sendo em realidade harmonizável se a medida cautelar preservar o seu caráter de excepcional instrumentalidade.

Convém que se saliente que existem hipóteses legais para o deferimento da liberdade provisória. Outras vêm sendo cunhada na jurisprudência para impedir a decretação da prisão processual, num exercício do poder de cautela do juiz com norte nos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e no princípio da proporcionalidade.

Ao decretar a prisão preventiva o juiz deve fazer um exercício de projeção da pena, para se aferir se o réu ficará preso em regime fechado por ocasião da fixação da prisão sem sede de sentença condenatória. Se vislumbrar que o réu sairá em regime semi-aberto ou aberto ou irá se beneficiar do *sursis*, ou substituição da pena, não haverá razão para que se decrete a prisão preventiva, cabendo a liberdade provisória, pois a situação na fase processual lhe seria mais gravosa do que a proveniente da sentença condenatória. Aqui o juiz deve ter em mente os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Essa é a posição mais consentânea com a sociedade livre, justa e solidária que o legislador constituinte almejou e que se constrói com um direito penal e processual penal mais equânime, efetivo e abrangente, que assegure de forma efetiva os direitos fundamentais que a Carta Magna elenca.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 160-175, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 27.840/DF. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 7 ago. 2003. **DJ**, 8 set. 2003. p. 347.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. HC 32.089/SP. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 27 abr. 2004. **DJ**, 24 maio 2004. p. 312.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. HC 5.247/RJ. Sexta Turma. Relator: Min. Willian Patterson. **DJ**, 4 ago. 1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 67328/SP. Relator: Min. Moreira Alves. **DJ**, 7 mar. 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20030020011986HBC. Segunda Turma Criminal. Relator: Romão C. Oliveira. Brasília, 3 abr. 2003. **DJ**, 3 mar. 2004. p. 34.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 20020020036416HBC. Segunda Turma Criminal. Relator: Getulio Pinheiro. Brasília, 23 maio 2002. **DJ**, 7 ago. 2002. p. 95.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. HBC768497, Relator: Natanael Caetano, Conselho da Magistratura. Brasília, 23 jun. 1997. **DJ**, 14 ago. 1997. p. 18.035.

FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 15, n. 64, p. 239-252, jan./fev. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “*ius Puniendi*” e bases principiológicas do garantismo penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN - REDE LFG. 2008. Obra não publicada.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal**: instrumentalidade constitucional. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG/IPAN. 2008. Obra não publicada.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**: Tributário, Constitucional e Administrativo, n. 23, p. 475-469, 1. quin. dez., 1994.

MIRABETE, Júlio Fabrini Mirabete. **Processo penal**. 16. ed. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 70021889381. Quinta Câmara Criminal. Relator: Dês. Aramis Nassif. Porto Alegre, 14 nov. 2007. **Diário de Justiça**, 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Corpus Nº 70024064438. Quinta Câmara Criminal. Relator: Dês. Aramis Nassif. Porto Alegre, 21 maio 2008. **Diário de Justiça**, 2 jul. 2008.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

## OBRAS CONSULTADAS

ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito processual penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Fortium, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação da pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 19 mar. 2007.